

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE PARIS

La Tierce-Opposition en Droit Administratif

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le 29 Novembre 1935, à 13 heures 30

PAR

Jean KRITTER

JURY { *Président* : M. MESTRE, *professeur.*
 { *Suffragants* { MM. J. BARTHELEMY } *professeurs.*
 LAFERRIERE }

PARIS

LES ÉDITIONS DOMAT-MONTCHRESTIEN

F. LOVITON & C^{ie}

160, Rue Saint-Jacques, 160

1935

THÈSE
POUR LE DOCTORAT

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE PARIS

La Tierce-Opposition en Droit Administratif

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le 29 Novembre 1935, à 13 heures 30

PAR

Jean KRITTER

JURY { *Président* : M. MESTRE, *professeur*.
 { *Suffragants* { MM. J. BARTHELEMY } *professeurs*.
 LAFERRIÈRE }

PARIS

LES ÉDITIONS DOMAT-MONTCHRESTIEN

F. LOVITON & C^{ie}

160, Rue Saint-Jacques, 160

—
1935



INTRODUCTION

Lorsque la décision d'une juridiction administrative statuant au contentieux préjudicie aux droits d'une personne qui n'a été ni partie, ni représentée à l'instance, cette personne peut demander à la juridiction qui a rendu l'arrêt de revenir sur sa décision. La voie de recours extraordinaire qui lui permet d'arriver à ce résultat est la tierce opposition.

Comme il arrive souvent en droit administratif, la tierce opposition a trouvé dans le droit privé sa source, sa justification et ses principes essentiels. Cependant, il est à remarquer qu'elle n'a pas été créée de toutes pièces par le Conseil d'Etat. Un texte est intervenu, qui a prévu cette voie de recours. C'est le décret du 22 juillet 1806. Mais la détermination des conditions de son fonctionnement est l'œuvre prétorienne du Conseil d'Etat. C'est pourquoi l'étude de sa jurisprudence sur cette question présente un grand intérêt : elle permet de préciser certains principes essentiels du contentieux administratif.

Cette étude doit être divisée en deux parties. En effet, si l'admission de cette voie de recours dans le contentieux ordinaire n'a jamais présenté de difficultés, il n'en a pas été de même pour son admission dans le contentieux de l'excès de pouvoir.

La jurisprudence du Conseil d'Etat a subi de nombreuses modifications en ce qui concerne la recevabilité de

la tierce opposition en matière d'excès de pouvoir. Jusqu'en 1882, le Conseil d'Etat rejetait les requêtes comme non recevables. En 1882, un revirement complet ouvrait largement la voie de la tierce opposition à toutes les personnes ayant un intérêt. Puis en 1899, une nouvelle modification de la jurisprudence du Conseil d'Etat lui faisait rejeter une tierce opposition formée contre une décision d'annulation rendue sur recours pour excès de pouvoir. Enfin en 1912, le Conseil d'Etat revenait une fois encore sur sa dernière jurisprudence et admettait la recevabilité de la tierce opposition en matière d'excès de pouvoir.

Pour dégager plus nettement les principes essentiels nous étudierons tout d'abord, dans une première partie la tierce opposition dans le contentieux de pleine juridiction. Puis dans une deuxième partie nous examinerons la tierce opposition dans le contentieux de l'excès de pouvoir.

Avant de commencer l'étude du développement de la tierce opposition en droit administratif, il semble utile de rappeler brièvement l'origine de la tierce opposition et son fonctionnement en droit privé.

CHAPITRE PRELIMINAIRE

§ 1. — HISTORIQUE

La tierce opposition est d'origine relativement récente. Elle n'existait pas en droit romain. En effet on n'avait pas jugé utile de donner aux tiers une voie de recours spéciale, car leurs droits paraissaient sauvegardés par le principe de la relativité de la chose jugée. D'autre part, l'action paulienne permettait aux créanciers ou ayants-cause d'un des plaideurs de faire tomber un jugement rendu en fraude de leurs droits. La tierce opposition n'était donc pas indispensable.

En France la tierce opposition fut également inconnue jusqu'à l'ordonnance de Villers-Cotteret d'août 1539. Il semble, sans que cela soit bien certain, que cette ordonnance soit le premier texte relatif à la matière. Dans son article 108, qui a pour rubrique « Comment seront mulctés tiers opposants téméraires aux exécutions d'arrêts et de sentences exécutoires nonobstant l'appel », l'ordonnance dispose que : « les tiers opposants contre les arrêts de nos Cours souveraines, s'ils sont déboutés de leur opposition, seront condamnés envers nous en l'amende ordinaire de fol appel et la moitié moins envers la partie ». Les juges avaient d'ailleurs la faculté d'augmenter cette amende « selon la qualité et malice des parties ».

L'Ordonnance de Moulins de 1566 prévoit également

l'hypothèse de tiers opposants et décide dans son article 51 que « s'il y a opposition formée par autres personnes (que les parties) sera néanmoins celui qui a obtenu le jugement mis en telle possession en laquelle était le condamné, sans préjudice des droits des dits opposants ».

C'est au xvii^e siècle seulement que la pratique vit s'introduire et se développer, avec son caractère spécial, le recours des tiers contre les jugements et arrêts, et l'Ordonnance d'avril 1667 est la première qui parle d'une tierce opposition véritable. L'article 2 du Titre XXXV sur les requêtes civiles, porte « Permettons de se pourvoir par simple requête à fin d'opposition contre les arrêts et jugements en dernier ressort, auxquels le demandeur en requête civile n'aura été partie ou directement appelé et même contre ceux donnés sur requête ». La tierce opposition se distingue alors à peine de la requête civile.

La tierce opposition dans notre ancien droit, était admise contre tous jugements contradictoires ou par défaut, en premier ou en dernier ressort, sur ajournement ou sur requête. Elle était même admise par la jurisprudence contre les décisions des tribunaux criminels et contre les arrêts du Conseil (1). Les conditions de recevabilité de la tierce opposition étaient les suivantes : il fallait n'avoir été ni partie, ni représenté au jugement ; en second lieu, avoir dû être appelé ; et enfin, en souffrir un préjudice. Quant à la compétence, la tierce opposition devait être portée, en principe, devant le Tribunal même qui avait rendu la décision attaquée. Cependant, s'il s'agissait de tierce opposition

(1) Arrêts du Parlement de Paris, 5 juin 1744, 3 septembre 1759, 13 août 1783.

incidente, elle était valablement portée devant le Tribunal saisi de l'action principale. Elle n'était soumise à aucun délai et ne suspendait pas l'exécution du jugement attaqué.

Si la tierce opposition était admise, la rétractation du jugement était strictement relative, en principe, au tiers opposant. Le jugement était donc maintenu *inter partes* à moins qu'il n'y eût indivisibilité dans l'exécution des deux décisions.

Les rédacteurs du Code de Procédure civile ne semblent pas avoir eu une idée bien précise de cette voie de recours. L'article 463 du projet admettait à faire tierce opposition les tiers qui n'avaient pas été appelés au jugement qui les lésait « encore qu'ils eussent dû l'être ». L'article 464 ajoutait que « à l'égard des jugements lors desquels la partie n'a pas dû être appelée, elle ne pourra les attaquer qu'en prouvant la collusion, la fraude et le dol ». Le Conseil d'Etat mit ces deux articles en discussion, le 1^{er} Prairial An XIII. Après un débat assez confus, le procès-verbal fut ainsi rédigé : « L'article 464 est rejeté. M. Boulay fait observer que, d'après cette décision, l'article 463 doit être également réformé. M. Regnauld propose de retrancher les mots : encore qu'ils eussent dû l'être. Cet amendement est adopté ».

En présentant au Corps Législatif l'exposé des motifs du projet, M. Bigot-Préameneu est resté dans le vague, se bornant à dire « qu'un jugement ne doit faire loi qu'entre ceux qui ont été entendus ou appelés ; il ne peut statuer que sur les conclusions prises par une partie contre l'autre. Si le jugement préjudicie à une tierce personne qui n'a pas été appelée, elle doit être admise à s'adresser aux mêmes

juges, afin qu'après l'avoir entendue ils prononcent à son égard en connaissance de cause ».

Le 17 avril 1806 étaient votés les articles 474, 475, 476, 477, 478 et 479 relatifs à la tierce opposition. Ils étaient promulgués le 27 du même mois. Ces articles concernaient exclusivement la tierce opposition en matière civile.

§ 2. — LA TIERCE OPPOSITION EN MATIÈRE CIVILE

1° Conditions de recevabilité.

L'article 474 du Code de Procédure civile est ainsi conçu : « Une partie peut former tierce opposition à un jugement qui préjudicie à ses droits et lors duquel, ni elle ni ceux qu'elle représente n'ont été appelés ». Les conditions de recevabilité de la tierce opposition sont assez nettement précisées par cet article. Il faut tout d'abord que le jugement attaqué présente certains caractères : il doit être susceptible d'être attaqué par la voie de la tierce opposition et préjudicier aux droits du tiers. En second lieu, le tiers opposant doit n'avoir été ni partie, ni représenté à l'instance qui a abouti au jugement incriminé. Il faut ajouter que, conformément au droit commun de l'exercice des actions, le tiers doit avoir un intérêt. Cette condition se confond pratiquement avec celle qui exige que le jugement préjudicie aux droits du tiers.

A. — *Le jugement doit présenter certains caractères*

a) Il faut que ce soit un jugement susceptible d'être attaqué par la voie de la tierce opposition. En principe, la

tierce opposition est admise contre tous les jugements, pourvu qu'ils soient rendus en matière contentieuse. Peu importe que le jugement ait été rendu en premier ou dernier ressort, par un tribunal ordinaire ou d'exception. Contre les jugements provisionnels ou définitifs la tierce opposition est admise. On l'utilise également pour attaquer les jugements par défaut encore susceptibles d'opposition, les jugements de défaut-congé, les jugements susceptibles d'appel ou déjà frappés d'appel, les jugements interlocutoires — s'ils causent préjudice aux droits d'un tiers — les ordonnances de référé, les décisions d'exequatur. Cependant certains jugements ne sont pas susceptibles d'être attaqués par tierce opposition. Ce sont tout d'abord les décisions gracieuses (qui ne sont d'ailleurs pas de véritables jugements), puis les jugements préparatoires et d'une façon générale ceux qui ne contiennent pas de décision définitive, de nature d'ores et déjà, à créer un préjudice aux droits d'un tiers. Il faut ensuite citer les jugements dont l'objet est indivisible et qui ne pourraient être rétractés en faveur de tiers sans être détruit à l'encontre des parties pour lesquelles il y a chose jugée. Notons encore les jugements prononçant l'interdiction d'un aliéné (du moins, en règle générale). Enfin ne sont pas susceptibles d'être attaqués par voie de tierce opposition, les arrêts de la Cour de Cassation, puisque, en aucun cas, la Cour de Cassation ne substitue sa décision à celle des juges auteurs de l'arrêt attaqué. Contre le jugement de renvoi, la tierce opposition sera recevable.

b) Le jugement doit préjudicier aux droits du tiers opposant. L'article 474 est formel à cet égard. Toutes les

décisions précitées portant atteinte aux droits d'un tiers sont susceptibles d'être attaquées par voie de tierce opposition. La requête sera recevable lors même qu'en fait le jugement ne cause aucun préjudice au tiers, s'il porte atteinte à ses droits. D'autre part, un simple préjudice éventuel est suffisant pour donner ouverture à la tierce opposition. Mais il est nécessaire que l'intérêt même éventuel soit certain et déterminé. En principe, le simple préjudice moral ne suffit pas pour autoriser la tierce opposition.

B. — *Le tiers opposant doit n'avoir été ni partie, ni représenté dans l'instance*

C'est la condition exactement inverse de celle qui est exigée pour faire appel. Donc, peuvent faire tierce opposition toutes les personnes qui ne peuvent pas faire appel.

a) Personnes n'ayant pas été parties au jugement attaqué. — Ce sont toutes les personnes n'ayant pas participé à l'instance en qualité de demandeur ou de défendeur. Dès l'instant où une personne a été appelée pour défendre à la demande, peu importe qu'elle n'ait pas répondu : elle ne peut plus faire tierce opposition. De même, celui qui a acquiescé à un jugement rendu hors de sa présence perd le droit d'y former tierce opposition.

b) Personnes n'ayant pas été représentées dans l'instance. — La question est délicate de savoir par quelles personnes on doit être considéré comme ayant été représenté.

1° *Mandataire conventionnel*. — Celui qui donne à un tiers le pouvoir de le représenter en justice est partie au procès dans la personne de son mandataire et, dès lors, n'est pas recevable à former tierce opposition, sauf s'il y a eu concert frauduleux entre le mandataire et l'adversaire qui a obtenu gain de cause, ou si le mandataire a excédé ses pouvoirs.

2° *Mandataire légal*. — L'incapable, partie au procès en la personne de son mandataire légal, ne peut pas former tierce opposition au jugement rendu contre son représentant légal.

3° *Cointéressés*. — Les codébiteurs conjoints ne sont pas considérés comme se représentant les uns les autres. Pour les codébiteurs solidaires la question est controversée.

4° *Ayants-cause universels ou à titre universel*. — Les successeurs universels et à titre universel tenant leurs droits de leur auteur, et continuant sa personne, ne peuvent pas former tierce opposition aux jugements rendus contre lui, sauf le cas de fraude ou collusion commise par leur auteur à leur préjudice.

5° *Ayants-cause à titre particulier*. — Ils sont recevables ou non à former tierce opposition aux jugements rendus contre leur auteur suivant que ces jugements sont postérieurs ou antérieurs à la naissance de leurs droits.

6° *Créanciers chirographaires*. — Ils sont en principe, les ayants-cause de leur débiteur quant à ses actes et à ses faits de nature à amoindrir et à faire disparaître les droits de propriété qui peuvent lui appartenir ; ils n'ont donc pas qualité pour attaquer par la tierce opposition les jugements auxquels leur débiteur a été partie.

7° *Créanciers hypothécaires ou privilégiés.* — Les jugements rendus contre le débiteur sont opposables au créancier qui n'a acquis son hypothèque que postérieurement. Il y a controverse sur le point de savoir si les créanciers hypothécaires dont les droits sont antérieurs en date aux jugements sont les ayants-cause de leur débiteur, ou s'ils sont des tiers, relativement aux jugements rendus avec lui et concernant la propriété de l'immeuble hypothéqué.

Conditions relatives au jugement, conditions relatives au tiers opposant, tels sont les seuls points examinés par le juge pour trancher la question de recevabilité. Il est important de signaler l'absence d'une condition relative au délai. Cela se comprend aisément. En effet le délai donné pour exercer une voie de recours a pour point de départ une signification. Or, ici toute signification est impossible : les parties ne peuvent pas savoir à quelles personnes le jugement rendu peut porter préjudice. En conséquence, il n'y a pas de point de départ faisant courir un délai. Il n'y a d'exception à ce principe que dans les hypothèses où, une certaine publicité étant faite à la décision, la loi a elle-même prévu un délai. Il en est ainsi, en particulier, dans le cas de séparation de biens : l'art. 873 du Code de Procédure Civile ne permet aux créanciers du mari qui se prétendent lésés par un jugement de séparation de biens de faire tierce opposition que pendant un an. Dans le paragraphe suivant nous verrons que, dans certains cas, on peut également invoquer la prescription pour rejeter la tierce opposition.

§ 2. — *Compétence et Procédure*

La tierce opposition peut être principale ou incidente : principale, elle est formée par le tiers en dehors de tout procès, il la forme quand il a connaissance du jugement qui lui porte préjudice ; incidente, elle est formée au cours d'un procès déjà pendant et quand on oppose à l'un des plaideurs le jugement qui lui porte préjudice.

Il y a un double intérêt à distinguer la tierce opposition principale de la tierce opposition incidente : intérêt de compétence, en premier lieu ; intérêt au point de vue de la prescription, en second lieu.

La compétence est déterminée par les articles 475 et 476 du Code de Procédure Civile de la façon suivante :

Si la tierce opposition est principale, elle doit être portée devant la juridiction qui a rendu la sentence attaquée : c'est alors une simple voie de rétractation.

Si au contraire, la tierce opposition est incidente, il faut distinguer : si le Tribunal saisi de la demande à l'occasion de laquelle la tierce opposition est faite est supérieur ou égal au Tribunal dont la décision est attaquée par la tierce opposition celle-ci sera faite devant ce tribunal. Elle apparaît alors comme une voie de réformation. Si au contraire, la juridiction devant laquelle la tierce opposition est faite à titre incident est inférieure dans la hiérarchie judiciaire à la juridiction qui a rendu la sentence attaquée par la tierce opposition, alors il faudra intenter la tierce opposition devant le tribunal qui a lui-même rendu la décision attaquée. La tierce opposition est alors une voie de rétractation.

Au point de vue de la prescription, il est intéressant de distinguer tierce opposition principale et tierce opposition incidente. D'après l'opinion qui semble prévaloir devant la Cour de Cassation, la tierce opposition incidente est perpétuelle de sa nature. Au contraire, la tierce opposition principale n'est pas perpétuelle. Elle se prescrit par trente ans, qui courent de la date du jugement ou de l'arrêt attaqué.

La procédure de la tierce opposition n'offre aucune particularité. Formée devant un tribunal autre que celui qui a déjà statué, elle débute par un exploit d'ajournement. Si elle intervient à titre incident devant un tribunal compétent pour en connaître, un simple acte d'avoué à avoué suffit pour engager la procédure. Qu'elle soit principale ou incidente, la tierce opposition est dispensée du préliminaire de conciliation.

§ 3. — *Effets de la Tierce opposition*

a) *Effets de la tierce opposition interjetée.* — Etant une voie de recours extraordinaire la tierce opposition ne produit pas d'effet suspensif d'exécution. Cependant, les juges peuvent apporter une exception à ce principe, en vertu de l'article 478 alinéa 2 du Code de Procédure Civile. S'il leur paraît que la tierce opposition a toutes les chances de réussir, ils pourront décider que l'exécution de la décision attaquée sera suspendue, afin de ne pas mettre le tiers opposant devant une situation de fait qui ne serait plus susceptible d'une *restitutio in integrum*. L'art. 478 alinéa 1 impose même aux juges de prononcer la suspension de

l'exécution : c'est lorsque la tierce opposition est formée contre un jugement enjoignant au possesseur de délaisser un immeuble.

b) *Effets du jugement rendu sur la Tierce opposition.*
— Si la tierce opposition échoue, le jugement attaqué est confirmé et produira ses effets à l'égard de tous. Le tiers opposant pourra être condamné à des dommages intérêts et même à une amende.

Si au contraire, la tierce opposition réussit, le jugement attaqué sera, selon les cas, rétracté ou réformé. Mais il ne le sera pas à l'égard de tous. En effet, chaque fois que ce sera possible, on limitera les effets de la tierce opposition aux rapports existant entre le tiers opposant et les plaideurs. Il n'en pourrait être autrement que si la nature de l'affaire s'opposait à cette divisibilité des effets de la décision.

Notons pour terminer que le jugement rendu sur tierce opposition est susceptible d'être attaqué par les voies de recours ordinaires.

PREMIERE PARTIE

La tierce opposition en matière de recours contentieux de pleine juridiction

En règle générale, la tierce opposition est ouverte devant les tribunaux administratifs comme devant les tribunaux ordinaires, en faveur des parties qui n'ont été ni appelées, ni entendues, lorsqu'elles éprouvent un préjudice du fait de la décision rendue. Il faut ajouter qu'il est nécessaire que la décision ait été rendue par une juridiction administrative en matière contentieuse. Que faut-il entendre exactement par matière contentieuse ?

L'analyse étymologique du mot « contentieux » indique qu'il signifie l'engagement d'une instance ayant pour but de mettre fin à une discussion sur un point de droit. Le mot contentieux lui-même éveille d'ailleurs bien l'idée d'un litige, d'une contestation.

Par suite ne sont pas des matières contentieuses, celles dans lesquelles il n'y a pas de litige à proprement parler. D'une façon générale, en droit administratif, des décisions non contentieuses sont appelées des décisions administratives. Contre ces décisions, il n'est pas possible de former tierce opposition.

Sont des décisions administratives, les règlements d'administration publique. Le Conseil d'Etat est bien intervenu pour donner son avis, mais ce n'est pas la section du contentieux qui a été saisie, c'est une section administrative. De plus, les règlements d'administration publique sont pris par le Président de la République, qui n'a pas de pouvoirs juridictionnels. Il n'est donc pas possible de former tierce opposition à un règlement d'administration publique.

Contre les décisions des Ministres, la tierce opposition n'est plus recevable. Jusqu'en 1889, les Ministres étaient juges de droit commun en matière administrative. Les décisions qu'ils rendaient étaient considérées comme des jugements susceptibles d'appel devant le Conseil d'Etat et qui avaient force de chose jugée. Donc, quand le Ministre avait statué sur un litige, jusqu'en 1889, sa décision était susceptible d'être attaquée par la tierce opposition (1). Depuis l'arrêt Cadot, en 1889, le Ministre ne rend plus de jugements en premier ressort. Lorsqu'il est statué sur un litige, sa décision n'a plus que le caractère d'une décision administrative. En conséquence, elle ne peut plus faire l'objet d'une tierce opposition.

Les décisions des Préfets et Sous-Préfets n'ont pas le caractère de décisions contentieuses. Autrefois, certains auteurs avaient cru voir des questions contentieuses soulevées aux Préfets et Sous-Préfets, dans les contestations s'élevant entre les concurrents au sujet des règlements des prix de courses de chevaux, dans l'interdiction des mou-

(1) Conseil d'Etat, 26 février 1817, Taffaret.

lins situés à la frontière, et servant à la contrebande, et dans quelques autres contestations encore. Le Conseil d'Etat n'a jamais eu à statuer sur des tierces oppositions formées contre des décisions préfectorales. De toutes façons, à l'heure actuelle, il est incontestable que les Préfets et Sous-Préfets n'ont pas le caractère de juges administratifs et dès lors il est impossible de former tierce opposition à leurs décisions.

Quelles sont donc les décisions contentieuses qui peuvent être attaquées par la tierce opposition ? Ce sont, en principe, toutes les décisions rendues par des tribunaux administratifs pour mettre fin à un litige porté devant eux. On pourra donc former tierce opposition aux arrêts du Conseil d'Etat rendus en matière de recours de pleine juridiction. Actuellement, le Conseil d'Etat admet la tierce opposition en matière de recours pour excès de pouvoir si le tiers opposant a vu un de ses droits violé par la décision d'annulation. La tierce opposition est également recevable contre les arrêtés des Conseils de Préfecture.

Certaines juridictions administratives, en raison de la nature de leurs fonctions et de leur organisation, rendent des décisions qui ne sont pas susceptibles de tierce opposition. Ainsi devant la Cour des Comptes la tierce opposition n'est pas admise. En effet, la Cour des Comptes n'a juridiction que sur les comptables et non sur des tiers qui se prétendent lésés par les opérations des comptables (1).

(1) C. E., 10 octobre 1811, Laruelle.

De même, le Conseil des Prises Maritimes rend des décisions contre lesquelles on ne peut pas former tierce opposition.

Dans certains cas, alors même qu'il s'agit de décisions contentieuses émanées de juridictions administratives la tierce opposition peut se trouver entravée dans son exercice par la nature spéciale du droit litigieux, lequel ne comporte pas l'intervention des tiers, ou par la fixation de délais spéciaux pour l'examen des réclamations. C'est ainsi que les arrêtés des Conseils de Préfecture rendus en matière d'élections communales ne sont pas susceptibles de tierce opposition (1). Ces décisions sont fondées sur l'art. 52 § 1 de la loi électorale du 21 mars 1831 aux termes de laquelle les réclamations des membres de l'Assemblée électorale qui ont pour objet de faire annuler les élections communales doivent être déposées à la mairie dans les cinq jours, et jugées dans le mois par le Conseil de Préfecture. Ces dispositions ont été reproduites dans les articles 37 et 38 de la loi du 5 avril 1884.

En pratique, seuls le Conseil d'Etat et les Conseils de Préfecture ont à juger des tierces oppositions. Aussi, c'est sur ce point que portera notre étude.

Les textes qui régissent la matière sont les suivants : D'abord, et d'une façon générale, les principes du droit privé relatifs à la tierce opposition et les articles du Code de Procédure, s'y rapportant. De plus, pour le Conseil d'Etat, le décret du 22 juillet 1806, sur la procédure, a

(1) C. E., 2 novembre 1832, Lebon, T. 5, page 230; 6 mai 1836, Lebon, T. 6, page 328; 18 juillet 1838, Lebon, page 146.

prévu et réglementé dans ses articles 37 et suivants la tierce opposition.

Contre les arrêtés des Conseils de Préfecture, la tierce opposition est admise depuis très longtemps. Bien qu'il n'existât pas de texte relatif au Conseil de Préfecture en cette matière, le Conseil d'Etat admit toujours que, lorsque les conditions de recevabilité de la tierce opposition étaient remplies, le Conseil de Préfecture était compétent pour en connaître. Il existe à cet égard une jurisprudence abondante et constante (1). Conformément à cette jurisprudence la loi du 22 juillet 1889 admit la tierce opposition contre les arrêtés des Conseils de Préfecture rendus en matière contentieuse. L'art. 56 de cette loi, reproduisant l'art. 474 du Code de Procédure civile déclare : « Toute partie peut former tierce opposition à une décision qui préjudicie à ses droits, et lors de laquelle ni elle, ni ceux qu'elle représente n'ont été appelés ». La Procédure de la tierce opposition est réglée par les art. 1 à 9 de cette même loi.

L'étude de la tierce opposition devant les Conseils de Préfecture ne présentant que quelques différences de détail avec celle de la tierce opposition devant le Conseil d'Etat en matière de recours au fond, nous traiterons les deux questions ensemble.

(1) C. E., 27 mai 1816, 13 juin 1821, 8 mai 1822, 10 janvier 1827, 25 mars 1830, 20 février 1835, 17 mars 1835, 8 janvier 1836, 24 avril 1837, 12 février 1841, 12 décembre 1866, 5 août 1868, 26 février 1886, 17 décembre 1886, etc.

CHAPITRE PREMIER

Conditions de recevabilité

Les conditions de recevabilité de la tierce opposition en matière administrative sont les mêmes qu'en droit commun. Pour que la requête soit déclarée recevable, il faut tout d'abord que la décision attaquée soit de nature à préjudicier aux droits du requérant. Il est nécessaire, de plus, que le tiers opposant fasse preuve d'une certaine qualité : il faut qu'il n'ait été ni partie, ni représenté dans l'instance. Enfin, une troisième condition est imposée : il ne faut pas qu'il y ait chose jugée à l'égard du requérant. Reprenons ces trois points.

§ 1. — *La décision doit préjudicier aux droits du requérant*

La tierce opposition n'est possible que contre un arrêt préjudicant aux droits d'un tiers. Si l'arrêt ne préjuge rien à l'égard des droits et actions du tiers opposant, et ne fait pas obstacle à ce qu'il les exerce devant l'autorité compétente, la tierce opposition n'est pas recevable. Telles sont les idées qui ont guidé le Conseil d'Etat et les Conseils de

Préfecture en cette matière, et que l'on retrouve dans la jurisprudence la plus ancienne (1).

L'examen de quelques arrêts montrera quelle a été la position exacte du Conseil d'Etat dans l'examen du préjudice causé aux droits du requérant.

Le Conseil d'Etat a admis la tierce opposition formée par une femme à un arrêt condamnant son mari à restituer des biens réclamés par une commune, alors que ces biens étaient dotaux. (Conseil d'Etat, 12 avril 1829).

Le Conseil d'Etat a également déclaré recevable la tierce opposition formée par l'usufruitier d'une propriété comprise dans une zone de servitudes militaires, contre l'arrêté qui condamne le nu propriétaire à supprimer des constructions élevées dans la propriété, ces constructions n'étant pas conformes aux règlements (Conseil d'Etat, 24 mars 1853, D. P. 54, III, 25).

La tierce opposition formée par un architecte contre une décision par laquelle le Conseil d'Etat, statuant sur une contestation entre l'administration et un entrepreneur, a déclaré la responsabilité de l'architecte engagée, est recevable (Conseil d'Etat, 26 août 1867, Lebon, page 811).

Une commune peut former valablement tierce opposition à une décision qui, sur un pourvoi dirigé par le département contre un arrêté du Conseil de Préfecture mettant à sa charge une indemnité pour dommages subis par un particulier, a déclaré que c'était à ladite commune

(1) Conseil d'Etat, 14 novembre 1821, Lebon, T. III, page 137; 20 juin 1821, Lebon T. III, page 83; 9 janvier 1828, Lebon, T. IV, page 264; 6 août 1839, Lebon, page 431, etc., etc.

qu'incombait le paiement de cette indemnité (Conseil d'Etat, 1^{er} avril 1868, Lebon, page 377).

En sens inverse, le Conseil d'Etat a déclaré non recevable la tierce opposition formée par une commune contre la décision qui a prononcé entre l'Etat et des particuliers, sur la propriété d'une chapelle, cette décision ne faisant pas obstacle à ce que la commune porte devant les tribunaux la question de savoir si cette chapelle est communale ou domaniale (Conseil d'Etat, 1^{er} novembre 1826).

Est également non recevable la tierce opposition formée par un tiers contre un arrêté portant interprétation d'un acte de vente nationale, lorsqu'il ne prétend aucun droit de propriété sur l'objet du litige (Conseil d'Etat, 8 septembre 1824, Lebon, p. 173 1^o).

§ 2. — *Le tiers opposant doit avoir qualité*

Conformément au droit commun, le tiers opposant ne doit pas avoir été partie dans l'instance qui a abouti au jugement qu'il critique. C'est une condition logique et qui se conçoit sans peine. A l'égard des parties au litige, le jugement est susceptible d'appel. S'il n'est plus temps pour appeler, le jugement a force de chose jugée entre les parties et il est impossible de remettre en question l'affaire qui a été réglée. Donc seuls les tiers non parties à l'instance peuvent former tierce opposition. Ces tiers sont donc tous ceux qui n'ont été ni appelés, ni entendus lors du procès. Il faut entendre cela au sens large, c'est-à-dire qu'une personne qui a été représentée au procès est considérée comme

y ayant assisté et elle perd le droit de former tierce opposition à la décision qui le termine.

En ce qui concerne la recevabilité de la tierce opposition de la part de personnes qui n'ont pas été parties dans l'instance, le Conseil d'Etat a rendu de nombreux arrêts (1).

Il a admis la tierce opposition de la part d'experts, contre une décision du Conseil d'Etat réduisant d'office leurs honoraires, sans qu'ils aient été appelés à fournir leurs moyens de défense (Conseil d'Etat, 27 juin 1902, Lebon, page 487).

Le Conseil d'Etat a jugé également que la requête formée par une personne qui avait fait défaut à la première instance, était une opposition, et non une tierce opposition.

Pour que la tierce opposition soit recevable, il faut également que le requérant n'ait pas été représenté au procès. En général, ce sont les mêmes règles qu'en droit civil qui s'appliquent en droit administratif pour reconnaître, si une personne a été représentée. Le Conseil d'Etat a statué depuis très longtemps sur cette question (2).

Ainsi, le 12 mai 1820, le Conseil d'Etat a jugé que les Préfets ne représentent pas les hospices, sur lesquels ils n'ont que la tutelle. Par suite, les hospices peuvent former tierce opposition à une décision rendue sur le rapport du Préfet et du Ministre, lorsque rien ne constate que les hospices ont été entendus.

(1) Conseil d'Etat, 26 février 1817, 13 juin 1821, 10 janvier 1827, 21 février 1845, 13 décembre 1872, 27 juin 1902, 19 juin 1908, etc.

(2) Conseil d'Etat, 1^{er} décembre 1819, 9 avril 1817, 18 août 1807, 20 mars 1816, 4 juillet 1827, 22 août 1828.

Au contraire, au point de vue de la tierce opposition, des cointéressés sont considérés comme représentant les uns des autres : donc un des cointéressés, non dénommé dans une décision, ne peut y former tierce opposition, si la partie qui a figuré dans cette décision avait le même intérêt qu'elle (Conseil d'Etat, 11 décembre 1816).

De même, la caution ne peut former tierce opposition à un jugement rendu avec le débiteur, qu'autant qu'elle ne peut être regardée comme ayant été représentée par celui-ci lors du jugement (Conseil d'Etat, 13 juin 1821).

Les successeurs universels ne sont pas recevables à attaquer par la tierce opposition les décisions rendues contre leur auteur (Conseil d'Etat, 9 avril 1817).

§ 3. — *Il ne faut pas qu'il y ait chose jugée
à l'égard du requérant*

D'après quelques auteurs, pour que la tierce opposition soit recevable, il faut encore qu'il n'y ait pas chose jugée à l'égard du tiers opposant. D'une façon générale, cette condition rentre dans la précédente, à savoir qu'il ne faut pas que le requérant ait été partie ou représenté dans l'instance.

Cependant, il y a des cas où, alors même que le tiers opposant n'avait pas été en cause, il y a chose jugée à son égard. Il en est ainsi notamment lorsqu'il a acquiescé à la décision qui porte atteinte à ses droits. Dans ce cas il perd le droit de faire tierce opposition et il faut remarquer qu'il en est ainsi, même si la décision ne lui a pas été notifiée. Le Conseil d'Etat a statué à plusieurs reprises sur cette

question (Conseil d'Etat, 31 janvier 1817, 2 février 1821, 4 novembre 1835).

Le 11 mai 1872, le Conseil d'Etat a rendu un arrêt dans lequel il déclarait que l'exécution volontaire d'une décision définitive constituait le plus formel des actes d'acquiescement, et qu'on devait regarder comme non recevable la tierce opposition formée contre une décision du Conseil d'Etat par une partie qui en avait poursuivi antérieurement l'exécution. (D. P., 1873, III, page 92).

Il n'existe pas d'autres conditions de recevabilité de la tierce opposition que celles qui viennent d'être énumérées. Par conséquent, seront recevables les tierces oppositions émanant de personnes n'ayant été ni parties, ni représentées à l'instance, à l'égard desquelles il n'y a pas chose jugée, contre des jugements préjudiciant à leurs droits.

CHAPITRE II

Procédure

§ 1. — *Compétence*

La tierce opposition formée en action principale doit être présentée au tribunal qui a rendu la décision attaquée. Si c'est un arrêt du Conseil d'Etat qui a porté préjudice, c'est devant le Conseil d'Etat que doit être jugée la tierce opposition. De même, la tierce opposition aux arrêtés d'un Conseil de Préfecture sera portée devant ce Conseil de Préfecture. Le Conseil d'Etat a toujours refusé de connaître des tierces oppositions à des arrêtés de Conseils de Préfecture, portées directement devant lui (1).

C'est une règle logique, de bon sens et qui s'inspire de la raison d'être même de la tierce opposition, voie de recours permettant à ceux qui n'ont pas été entendus de présenter leurs arguments au tribunal qui a statué et qui pourra modifier son jugement.

Cette règle n'est d'ailleurs que l'application au droit administratif des principes du droit commun et en particu-

(1) Conseil d'Etat, 22 février 1821, Lebon, T. 3, page 25; 16 février 1826, Lebon, T. 4, page 16; 25 mars 1830, Lebon, T. 4, page 591; 8 janvier 1836, Lebon, T. 6, page 254; 12 décembre 1866, Lebon, page 1130.

lier de l'article 475 du Code de Procédure Civile : « La tierce opposition formée par action principale sera portée au tribunal qui aura rendu le jugement attaqué... »

D'ailleurs, si, à l'occasion d'une tierce opposition, une question ne rentrant pas dans la compétence administrative était soulevée, conformément au principe de la séparation des pouvoirs, la juridiction administrative devrait surseoir à statuer jusqu'à ce que cette question eût été tranchée par l'autorité compétente.

§ 2. — *Formes*

Devant le Conseil d'Etat, la tierce opposition est instruite et jugée dans la forme déterminée par les articles 37 et 39 du décret du 22 juillet 1806.

L'art. 37 déclare que la tierce opposition ne pourra être formée que par requête en la forme ordinaire. Et il renvoie aux dispositions du titre I qui règle les formalités applicables aux recours contentieux ordinaires.

La requête sera déposée au Secrétariat du Conseil d'Etat, par l'intermédiaire d'un avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de Cassation. La requête, qui sera signée par l'avocat contiendra l'exposé sommaire des faits et moyens, les conclusions, les nom et demeure du tiers opposant, l'énonciation des pièces dont il entend se servir. Ces pièces seront jointes à la requête. Comme dans un recours ordinaire, la requête sera enregistrée au secrétariat du Conseil d'Etat et inscrite sur un registre, à la date du dépôt qui en sera fait.

L'art. 39 renvoie aux articles 34 et 35 qui règlent encore quelques formalités. D'après le texte de l'art. 34, « lorsque le recours contre une décision contradictoire aura été admis dans le cours de l'année où elle a été rendue, la communication sera faite soit au défendeur, soit au domicile de l'avocat qui a occupé pour lui et qui sera tenu d'occuper sur ce recours sans qu'il soit besoin d'un nouveau pouvoir ». « Si le recours n'a été admis qu'après l'année depuis la décision, continue l'art. 35, la communication sera faite aux parties à personne ou à domicile, pour y fournir réponse dans le délai du règlement ».

Devant les Conseils de Préfecture, la tierce opposition est introduite et instruite dans les formes ordinaires. C'est ce qu'indique l'art 56 § 2 de la loi du 22 juillet 1889, en disposant qu'il est procédé à l'instruction dans les formes établies par les articles 1 à 9 de ladite loi.

La requête introductive d'instance doit être déposée au greffe du Conseil. Cette requête est inscrite sur le registre d'ordre, par le secrétaire greffier, et elle est marquée, ainsi que les pièces qui y sont jointes, d'un timbre indiquant la date de l'arrivée. Un certificat remis par le secrétaire greffier aux parties constate l'arrivée au greffe de la réclamation et des différents mémoires produits.

La requête doit contenir les mêmes énonciations que celles qui doivent figurer sur les requêtes au Conseil d'Etat. Les parties peuvent faire signifier leur demande par l'exploit d'huissier.

Immédiatement après l'enregistrement au greffe de la requête en tierce opposition, le Président du Conseil de

Préfecture désigne un rapporteur auquel le dossier est transmis dans les vingt quatre heures.

Dans les huit jours qui suivent cette transmission, le Conseil de Préfecture, réuni en Chambre du Conseil, règle, le rapporteur entendu, la notification aux parties défenderesses des requêtes introductives d'instance.

Les parties peuvent prendre connaissance au greffe, sans déplacement, des pièces de l'affaire.

§ 3. — *Délai*

La loi de 1889, pas plus que le décret de 1806 et le Code de Procédure Civile, ne fixe un délai pour former la tierce opposition. Aussi, admet-on, en général, qu'elle est recevable à toute époque devant les juridictions administratives. D'ailleurs, puisque les tiers opposants n'ont pas été parties dans la décision attaquée et qu'ils peuvent l'ignorer, il ne serait pas équitable de les soumettre à une déchéance qu'il n'aurait pas été en leur pouvoir d'éviter(1).

Toutefois, si la décision a été notifiée au tiers opposant, il faut admettre que la tierce opposition n'est valable qu'autant qu'elle est formée dans le délai réglementaire (qui était autrefois de trois mois, et qui a été ramené à deux mois par la loi de 1900) (2).

La notification pourrait être remplacée par des actes équivalents dans le cas où cette équivalence est admise pour

(1) Conseil d'Etat, 28 mars 1821, Lebon, T. 3, page 48.

(2) Conseil d'Etat, 9 avril 1817, Lebon, T. 2, page 206.

faire courir le délai du recours (1). Cependant il faut remarquer que ces arrêts ont été rendus à une époque où, contrairement à la jurisprudence actuelle, le Conseil d'Etat admettait comme équivalant à notification la connaissance acquise de toute autre manière que les parties.

La question de savoir si la tierce opposition est susceptible de se prescrire par trente ans n'a jamais été soulevée devant le Conseil d'Etat, mais elle pourrait l'être, comme devant les tribunaux civils, où elle est controversée. Une Instruction Ministérielle du 31 juillet 1890 a cependant décidé que la tierce opposition pouvait intervenir à toute époque.

(1) En ce sens Conseil d'Etat, 4 juin 1816, 17 juillet 1816, 31 janvier 1817.

CHAPITRE III

Effets de la tierce opposition

Il faut distinguer les effets de la requête en tierce opposition et les effets du jugement rendu sur la tierce opposition.

La requête en tierce opposition ne produit pas d'effet suspensif de la décision attaquée. Cette décision est considérée comme exécutoire, immédiatement, même si l'on forme tierce opposition. Il est de règle en effet qu'en droit administratif, les recours n'ont pas d'effet suspensif, pas plus contre des décisions des juridictions que contre les décisions des autorités administratives.

Une fois l'affaire examinée au fond, la juridiction devant laquelle a été portée la tierce opposition rend son arrêt. Dans tous les cas, la décision sur la tierce opposition est soumise aux règles concernant les décisions en général : cette décision peut donc être contradictoire ou par défaut, et, dans ce dernier cas, elle est susceptible d'opposition (1).

Si cet arrêt constate que la demande en tierce opposition n'est pas fondée, la décision juridictionnelle attaquée continue à produire ses effets. Le demandeur qui a fait tierce opposition et qui n'a pas obtenu gain de cause pourra

(1) Conseil d'Etat, 6 janvier 1853, Lebon, 1853, page 18.

toujours opposer l'exception de la relativité de la chose jugée, lorsqu'on voudra exécuter la décision qui lui cause préjudice.

L'arrêt du Conseil d'Etat qui déclare que la tierce opposition n'était pas fondée doit prononcer à l'égard du tiers opposant une amende de 150 francs par application de l'article 38 du décret du 22 juillet 1806. Cette disposition reproduit l'art. 479 du Code de Procédure Civile (sauf quant au montant de l'amende). Cette amende a sa raison d'être dans la nature de la tierce opposition, qui est une voie de recours extraordinaire, et qui ne doit pas permettre à n'importe qui de remettre en question impunément un litige déjà tranché.

A l'époque où le Conseil d'Etat, ne faisant que préparer les décisions contentieuses du Chef de l'Etat, se considérait comme autorisé à réduire les amendes au-dessous du minimum fixé par la loi, il a été jugé que l'amende de 150 francs pouvait être réduite à 50 francs, eu égard à la situation des parties (Conseil d'Etat, 31 octobre 1821, 12 mars 1853, Lebon 1853, page 324).

Cette solution ne serait plus admise aujourd'hui. D'ailleurs il faut constater qu'actuellement, le Conseil d'Etat ne prononce pas toujours une amende en cas de rejet de la tierce opposition.

Lorsque c'est un Conseil de Préfecture qui rejette la tierce opposition qui a été formée devant lui, il ne peut pas prononcer d'amende à la charge du requérant. La loi du 22 juillet 1889 est muette sur cette question. On pourrait se demander, s'il n'y a pas lieu d'appliquer ici les règles générales de la procédure et en particulier l'art. 479

du Code de Procédure Civile. En pratique, les Conseils de Préfecture ne prononcent jamais d'amende en cas de rejet d'une tierce opposition.

Une autre question se pose si la tierce opposition est déclarée non fondée par la juridiction administrative : le tiers opposant qui succombe dans sa demande est-il passible de dommages-intérêts ? L'article 38 du décret du 22 juillet 1806 reconnaît le droit à des dommages-intérêts à la personne qui a subi un préjudice du fait de la tierce opposition. Mais le point de savoir quelle est l'autorité compétente pour prononcer cette condamnation à des dommages-intérêts a été controversé. D'après certains auteurs (1) seuls les tribunaux judiciaires peuvent se prononcer, s'il y a lieu, dans ce cas comme dans tous les autres, sur les dommages-intérêts. Les parties doivent s'abstenir de former directement une demande semblable devant les tribunaux administratifs.

D'autres auteurs (2) combattent cette opinion, en se basant sur le décret de 1806, qui est formel sur la question des dommages-intérêts. D'ailleurs il serait bizarre que le Conseil d'Etat, qui rejette une tierce opposition, fût obligé de renvoyer devant les tribunaux pour appliquer les dommages qu'elle a pu occasionner. Les dommages-intérêts, comme l'amende, sont, dans la main du Conseil d'Etat, une sanction pour réprimer la témérité du plaideur.

C'est dans ce sens qu'a statué le Conseil d'Etat (3) et il ne paraît plus contesté aujourd'hui que c'est à lui qu'il

(1) De Cormenin, T. 1, page 79, note 2.

(2) Servigny, T. 1, page 356.

(3) Conseil d'Etat, 12 mars 1853, Lebon, 1853, page 324.

appartient de connaître d'une demande en dommages-intérêts formée par la partie adverse contre la partie qui succombe dans sa tierce opposition.

Le Conseil d'Etat a même jugé le 1^{er} juin 1883 que la demande en dommages-intérêts était recevable, lorsque la tierce opposition était écartée par suite d'une fin de non recevoir.

Cependant il est nécessaire que la partie qui réclame des dommages-intérêts ait éprouvé un préjudice du fait de la tierce opposition. Si elle n'en a point éprouvé, sa demande doit être rejetée (1).

Comme dans tout litige, la partie qui succombe est condamnée aux dépens, si le tiers opposant voit sa demande rejetée comme non recevable ou comme non fondée, il sera condamné aux dépens.

Si la tierce opposition est reconnue fondée, la décision attaquée est modifiée dans la mesure où elle porte atteinte aux droits du tiers : elle conserve en principe son effet pour le surplus.

Il a été jugé cependant qu'un Conseil de Préfecture qui a fixé contradictoirement entre l'Etat et une Commune la subvention due pour dégradations extraordinaires, ne peut, sur la tierce opposition d'une autre personne, revenir sur la répartition, et fixer autrement la somme à la charge de l'Etat (2).

Les requêtes en tierce opposition présentées devant le Conseil d'Etat et les Conseils de Préfectures ont donné lieu

(1) Conseil d'Etat, 1^{er} juin 1883, D. P. 85 III, I.

(2) Conseil d'Etat, 27 juin 1855, Lebon, page 467.

à une abondante jurisprudence. Aussi les règles de fonctionnement et les effets de cette voie de recours sont-ils actuellement bien déterminés. Il n'en est pas de même des tierces oppositions formées contre des décisions d'excès de pouvoir.

DEUXIÈME PARTIE

La tierce opposition en matière de recours pour excès de pouvoir

CHAPITRE PREMIER

Conditions de recevabilité

La question de recevabilité de la tierce opposition en matière d'excès de pouvoir a donné lieu à une jurisprudence hésitante du Conseil d'Etat. Après avoir refusé d'admettre des requêtes en tierce opposition les 10 avril 1848 et 31 janvier 1873, le Conseil d'Etat, le 28 avril 1882, déclarait recevable une tierce opposition formée contre un arrêt d'annulation. Dix-sept ans plus tard, exactement le 8 décembre 1899, le Conseil d'Etat adoptait un point de vue tout à fait opposé et refusait catégoriquement de connaître d'une tierce opposition dirigée contre un arrêt rendu sur recours pour excès de pouvoir. Enfin, un dernier revirement jurisprudentiel du 29 novembre 1912 tranchait la question en faveur de la recevabilité d'une requête de cet ordre.

A quoi tiennent les hésitations du Conseil d'Etat en cette matière ? Au fait que la recevabilité d'une tierce opposition contre un arrêt d'annulation rendu sur recours pour excès de pouvoir est une chose très grave, et peu en accord avec les principes essentiels qui dominent le recours pour excès de pouvoir et qui peuvent être ainsi résumés : Le recours pour excès de pouvoir est un recours objectif, dirigé contre un acte, et non un litige entre parties. L'arrêt d'annulation auquel il aboutit, ayant pour but de constater l'illégalité d'un acte, à effet *erga omnes*... Ces principes une fois posés, il est visible que le Conseil d'Etat ne pouvait pas facilement dire : « Je permets au requérant en tierce opposition de remettre en question devant moi la légalité d'un acte, légalité qui a fait l'objet d'un arrêt ayant effet *erga omnes* ». La contradiction était flagrante. Après avoir balancé entre des opinions extrêmes, le Conseil d'Etat a abouti à la jurisprudence de 1912 qui est transactionnelle, qui détruit en partie la théorie de l'objectivité du recours pour excès de pouvoir, mais qui limite strictement ses effets à un nombre réduit d'individus.

En droit commun, et en matière de recours au fond, il est nécessaire, pour pouvoir former tierce opposition, d'avoir qualité, c'est-à-dire d'avoir intérêt et de n'avoir été ni partie ni représenté à l'instance. Il faut également que l'arrêt préjudiciable a des droits, et enfin qu'il n'y ait pas chose jugée à l'égard du requérant. En matière d'excès de pouvoir, ces conditions se trouvent légèrement modifiées.

La première condition : avoir qualité, est exactement la même en matière d'excès de pouvoir qu'en matière de recours au fond. Par conséquent, toute personne ayant

intérêt à l'annulation d'un arrêt auquel elle n'a été ni partie ni représentée, peut former tierce opposition à cet arrêt.

La deuxième condition : à savoir que le jugement préjudicé a des droits, est encore, actuellement, la même pour le recours pour excès de pouvoir et le recours au fond. Mais il n'en a pas toujours été ainsi. En 1882, le Conseil d'Etat a déclaré qu'il suffisait que l'arrêt attaqué préjudicé à de simples intérêts.

La troisième condition, la nécessité qu'il n'y ait pas chose jugée à l'égard du requérant, n'existe pas en matière d'excès de pouvoir, ou du moins se présente sous une forme particulière qui est la suivante : bien qu'il y ait chose jugée à l'égard du requérant, puisque l'annulation d'un acte sur recours pour excès de pouvoir a effet *erga omnes*, le Conseil d'Etat ne s'occupe pas de cette condition et déclare actuellement la requête recevable si les deux premières considérations sont réalisées.

L'étude de l'évolution de la jurisprudence du Conseil d'Etat sur cette question de la recevabilité de la tierce opposition en matière d'excès de pouvoir va nous retenir assez longtemps, car elle présente un grand intérêt théorique, sinon pratique.

SECTION I. — LA JURISPRUDENCE ANTÉRIEURE A 1882

Avant l'arrêt du 28 avril 1882, le Conseil d'Etat rejetait la tierce opposition formée contre des arrêts rendus en matière d'excès de pouvoir. Mais il faut remarquer qu'il les rejetait, non pas en raison de la nature du recours pour

excès de pouvoir mais parce que les requérants ne remplissaient pas les conditions nécessaires pour que leur requête fut recevable. *A contrario*, il faut en déduire qu'il aurait reçu la tierce opposition si elles avaient été formées dans des conditions régulières.

Un arrêt du Conseil d'Etat du 10 avril 1848 (1) est tout à fait significatif à cet égard. Par une ordonnance du 30 août 1842, le Conseil d'Etat avait annulé pour excès de pouvoirs, divers arrêtés par lesquels le Préfet et le Conseil de préfecture du département des Bouches-du-Rhône avaient enjoint à un particulier, propriétaire d'un étang insalubre, d'en opérer le dessèchement dans le plus bref délai. Plusieurs habitants de la Commune de Saint-Mitre, qui avait été reçue partie intervenante lors de l'ordonnance du 30 août 1842, et quelques autres propriétaires des communes voisines, formèrent tierce opposition à cette ordonnance.

Les demandeurs déclaraient agir non seulement comme habitants de la commune de Saint-Mitre, mais comme propriétaires de terres dans les communes environnantes, communes représentées à l'instance qui avait abouti à l'ordonnance du 30 août 1842.

Le Commissaire du Gouvernement, M. Hely d'Oissel, répondit à cette argumentation, qu'en fait, tous les demandeurs demeuraient dans la commune de Saint-Mitre, ou y étaient propriétaires ; que par conséquent il ne fallait voir dans la tierce opposition qu'une nouvelle demande de la commune de Saint-Mitre, cherchant à faire juger de nou-

(1) Lebon, page 163.

veau ce qui avait été jugé contradictoirement avec elle le 30 août 1842. M. Hely d'Oissel demandait au Conseil de déclarer le recours non recevable. C'est ce qu'il a fait dans l'arrêt qui suit :

« Au nom du Peuple Français, — Nous, membres du Gouvernement provisoire, etc. — Vu la loi du 20 août 1790 et celle du 16 septembre 1807 ;

Considérant que les sieurs Bernard et consorts n'étaient pas parties dans les arrêtés dont l'ordonnance du 30 août 1842 a prononcé l'annulation ; qu'ils n'excipent d'aucun droit privé qui leur ait été conféré par lesdits arrêts ou leur appartienne à un autre titre ; qu'ils ne se présentent, pour former tierce opposition à ladite ordonnance, qu'en qualité de propriétaires ou habitants des communes voisines de l'Etang du Pourra, et que, dès lors, leur tierce opposition n'est pas recevable ;

« Art. 1^{er}. — La requête des sieurs Bernard et consorts est rejetée.

« Art. 1^{er}. — Les sieurs Bernard et consorts sont condamnés aux dépens.

Ainsi, dans cet arrêt, le Conseil d'Etat rejetait la tierce opposition parce que les conditions de recevabilité n'étaient pas remplies. En effet, les sieurs Bernard et autres n'avaient vu aucun droit leur appartenant violé par l'ordonnance du 30 août 1842. D'autre part, ainsi que le faisait remarquer M. Hely d'Oissel, les tiers opposants n'étaient au fond que les hommes de paille de la commune de Saint-Mitre. Or, le Conseil d'Etat avait déjà jugé l'affaire contradictoirement avec elle. Il y avait donc deux conditions de receva-

bilité non remplies et le Conseil d'Etat statua équitablement en rejetant la requête.

Le 31 janvier 1873, le Conseil d'Etat rendait dans cette matière de la tierce opposition à une décision d'excès de pouvoir, un nouvel arrêt de rejet pour non recevabilité. C'est l'arrêt Département d'Ille-et-Vilaine (1).

Un arrêt du Conseil d'Etat du 15 mai 1869 avait annulé pour excès de pouvoir un arrêté du Préfet d'Ille-et-Vilaine réglementant le curage du lit de la rivière de Vauvre. Le Département d'Ille-et-Vilaine, qui n'avait pas été appelé à l'instance en excès de pouvoir, estimant subir un grave préjudice du fait de l'annulation de l'arrêté préfectoral, forma tierce opposition à l'arrêt du 15 mai 1869.

Le Conseil d'Etat rendit l'arrêt suivant :

« Vu la requête, etc.

« Considérant... que le département ne justifiait d'aucun droit à intervenir dans l'instance sur laquelle il a été statué par le décret attaqué, ni d'aucun préjudice à lui causé par ce décret ; que dès lors la tierce opposition n'est pas recevable...

Art. 1^{er}. — La requête en tierce opposition du département d'Ille-et-Vilaine est rejetée ».

Ainsi, cet arrêt, comme le précédent a rejeté la tierce opposition parce que les conditions de recevabilité n'étaient pas remplies, et en particulier, parce que le Département n'avait fait la preuve d'aucun préjudice à lui causé. Le Conseil d'Etat semblait donc admettre à cette époque que conformément au droit commun, la tierce opposition

(1) Lebon, page 109.

pourrait être déclarée recevable, même en matière d'excès de pouvoir. Mais il n'avait pas encore admis une requête en tierce opposition parce que celles qui lui étaient présentées ne remplissaient pas toutes les conditions de recevabilité exigées. Il faut attendre l'arrêt Ville de Cannes pour voir le Conseil d'Etat admettre pour la première fois une tierce opposition en matière d'excès de pouvoir.

SECTION II. — L'ARRÊT VILLE DE CANNES

§ 1. — *L'arrêt Ville de Cannes et ses conséquences*

Le premier arrêt du Conseil d'Etat de recevabilité de la tierce opposition a une décision rendue en matière d'excès de pouvoir date du 28 avril 1882. Il est intervenu dans les circonstances suivantes.

En 1866, la Ville de Cannes avait conclu avec une Congrégation, la Société de Marie, un traité relatif à l'instruction primaire. Cette convention passée par le Maire, après délibération du Conseil Municipal, avait été régulièrement approuvée par le Préfet par un arrêté du 15 mars 1867.

Pendant onze ans, la Société de Marie avait géré régulièrement le service de l'enseignement, puis, le 21 novembre 1877, un traité relatif à la direction de l'école publique était intervenu entre elle et la Ville de Cannes. Cette nouvelle convention recevait le 24 décembre 1877 l'approbation du Secrétaire Général du département des Alpes Maritimes, déclarant agir pour le Préfet, et s'exécutait sans dif

ficulté pendant six mois : les frères assuraient le service de l'enseignement et recevaient régulièrement leur paiement.

Puis, sur la demande de la Ville de Cannes, le Préfet des Alpes Maritimes prenait en date du 1^{er} juin 1878 un arrêté, déclarant que l'approbation du Secrétaire Général au contrat passé le 21 novembre 1877 n'avait jamais pu produire effet et resterait non avenue. Il désavouait donc son Secrétaire Général.

Lésée dans ses droits, la Société de Marie demanda au Conseil d'Etat d'annuler l'arrêté préfectoral du 1^{er} juin 1878. Le Conseil rendit le 20 février 1880 l'arrêt suivant :

« Considérant que la convention intervenue entre la Société de Marie et le Maire de la Ville de Cannes à ce dûment autorisé par le Conseil Municipal avait été revêtue de l'approbation du Secrétaire Général de la Préfecture déclarant agir pour le Préfet ; qu'en exécution de cette convention les frères avaient touché les traitements mensuels que la Ville s'était engagée à leur fournir ; que la dite convention avait créé, tant au profit de la Société qu'à celui de la Ville, des droits auxquels l'administration ne pouvait porter atteinte ; que s'il appartenait aux parties intéressées de contester, si elles s'y croyaient fondées, devant la juridiction compétente, la validité de ladite convention, le Préfet ne pouvait, sans excéder la limite de ses pouvoirs, prendre un arrêté à l'effet de déclarer que l'approbation donnée par le Secrétaire Général n'avait pu produire aucun effet et devait être considérée comme non avenue, et que la Ville et la Société requérante demeureraient régies, quant aux conventions relatives à l'instruction primaire, par les termes du traité intervenu entre elles en

1866... Art. 1^{er}. — L'arrêté du Préfet du Département des Alpes-Maritimes est annulé ».

La Société de Marie ayant eu satisfaction, ses rapports avec la Ville de Cannes se trouvaient donc régis par le contrat du 21 novembre 1877 approuvé par le Secrétaire Général le 24 décembre 1877. Estimant que cette convention n'était pas avantageuse pour elle, et désirant la voir disparaître, la Ville de Cannes s'adressa au Conseil d'Etat. Elle lui demanda d'abord d'annuler l'arrêté du 24 décembre 1877, par lequel le Secrétaire Général avait approuvé la convention du 21 novembre 1877. Puis elle forma tierce opposition à l'arrêt rendu le 20 février 1880. C'est cette requête en tierce opposition que le Conseil d'Etat jugea recevable le 28 avril 1882 sur les conclusions du Commissaire du Gouvernement, M. Chante-Grellet.

L'arrêt constate d'abord « que la Ville requérante n'a pas été appelée dans la précédente instance ; que la décision rendue par le Conseil d'Etat le 20 février 1880 lui porte préjudice... etc. » puis il déclare : « sur la recevabilité de la Tierce Opposition. Considérant que l'arrêté préfectoral du 1^{er} juin 1878 avait été pris sur la demande et dans l'intérêt de la Ville de Cannes ; qu'ainsi ladite Ville avait qualité pour intervenir dans l'instance qui a donné lieu à l'annulation dudit arrêté pour excès de pouvoir ; que dès lors la requête est recevable ; etc... »

Cet arrêt offre un grand intérêt, car plusieurs questions s'y trouvent résolues. C'est tout d'abord le problème de la recevabilité de la tierce opposition contre un arrêt rendu en matière d'excès de pouvoir qui trouve sa solution : la tierce opposition est admise, et cette admission présente

une grande importance et permet de dégager des conclusions nouvelles sur le caractère du recours pour excès de pouvoir.

En effet, admettre la tierce opposition contre un arrêt rendu en matière d'excès de pouvoir, c'est faire perdre au recours pour excès de pouvoir tout son caractère de recours objectif. Permettre à une personne de demander au Conseil d'Etat de revenir sur une décision d'excès de pouvoir, c'est reconnaître implicitement que cette décision pourra ne pas s'appliquer à tout le monde. Jusqu'alors, un arrêt d'annulation rendu sur recours pour excès de pouvoir avait un effet absolu. Il anéantissait l'acte, le faisait disparaître à l'égard de tous, de la même façon que s'il avait été rapporté par son auteur. Une fois la décision rendue personne ne pouvait prétendre, même en justifiant d'un intérêt, que l'acte annulé n'aurait pas dû l'être et devait être maintenu, du moins à l'égard du requérant. Logiquement, et conformément à ces principes, le Conseil d'Etat avait toujours rejeté comme non recevable les tierces oppositions formées en matière d'excès de pouvoirs.

Avec la nouvelle solution de l'arrêt Ville de Cannes, au contraire, tout intéressé pouvait remettre en question une décision d'annulation. C'était là un changement considérable. La doctrine s'en rendit bien compte, et l'arrêt provoqua la rédaction de nombreux articles qui n'approuvaient pas tous cette nouvelle jurisprudence.

Ayant réglé la question capitale de la recevabilité de la tierce opposition en matière d'excès de pouvoir, le Conseil d'Etat devait déterminer les personnes auxquelles cette voie de recours serait ouverte. Il le fait en termes précis

« Considérant... qu'ainsi ladite Ville avait qualité pour intervenir dans l'instance qui a donné lieu à l'annulation dudit arrêté pour excès de pouvoir ; que *dès lors*, la requête est recevable ». Ainsi d'après le Conseil d'Etat, peuvent former tierce opposition à un arrêt rendu en matière d'excès de pouvoir, tous ceux qui auraient qualité pour intervenir à la première instance.

Quelles sont donc les personnes qui ont qualité pour intervenir dans une instance devant le Conseil d'Etat ? Ce sont, répond le Conseil d'Etat, toutes celles qui ont un intérêt au maintien de la décision attaquée. Le décret du 22 juillet 1806 § 3, art. 21, qui règle les formes de procédure de l'intervention, n'indique pas de quelle qualité devra faire preuve l'intervenant. Aussi, s'inspirant des principes du droit commun, le Conseil d'Etat a déclaré, dans une abondante jurisprudence, que pourraient intervenir dans une instance d'excès de pouvoir toutes les personnes qui justifieraient d'un intérêt au maintien de la décision attaquée (1).

Ainsi, dans l'arrêt du 26 juillet 1895, les sieurs Genevey-Montaz et autres avaient demandé au Conseil d'Etat d'annuler le concours d'agrégation de chirurgie de l'année 1892. Les sieurs Lejars, Delbet et autres, nommés agrégés à la suite de ce concours, étaient intervenus à l'instance

(1) Cf. arrêts Genevey-Montaz (26 juillet 1895), Société des Forges de Franche-Comté (5 août 1910). Arrêt Brault (16 novembre 1894) : « sur l'intervention des sieurs Chavin, etc... — Considérant que les intervenants nommés agrégés à la suite des opérations des concours de l'année 1892, ont intérêt au maintien de la décision attaquée ; qu'ainsi leur intervention est recevable... »

et le Conseil d'Etat, ayant jugé qu'ils avaient intérêt au maintien de la décision attaquée, avait admis leur intervention. En supposant que les sieurs Lejars, Delbet et autres aient négligé d'intervenir, et que les sieurs Genevey-Montaz et autres aient eu gain de cause, avec la jurisprudence de l'arrêt Ville de Cannes, les sieurs Lejars, Delbet et autres pouvaient former tierce opposition à la décision du Conseil d'Etat.

En se référant à l'arrêt Ville de Cannes, on lit : « Considérant que l'arrêté du 1^{er} juin 1878 avait été pris sur la demande et *dans l'intérêt* de la Ville de Cannes ; qu'ainsi ladite Ville avait qualité pour intervenir dans l'instance... » Conformément à sa jurisprudence et au droit commun, le Conseil d'Etat aurait donc reçu l'intervention de la Ville de Cannes si elle avait jugé utile de la faire. « Ne l'ayant pas faite, mais ayant eu qualité pour la former, elle doit être déclarée recevable dans sa requête en tierce opposition ». Tel est le raisonnement du Conseil d'Etat.

Il faut d'ailleurs noter que l'intérêt requis pour intervenir n'est pas nécessairement un intérêt « direct et personnel ». Le Conseil d'Etat n'emploie que le mot « intérêt » sans le faire suivre d'un qualificatif quelconque (1). Il y a même quelques arrêts qui déclarent que l'intervenant « peut avoir intérêt » au maintien de l'acte incriminé (Conseil d'Etat, 13 avril 1881, Lallouette).

Le Conseil d'Etat reconnaît donc plus facilement qualité à celui qui intervient dans la discussion d'un recours

(1) Conseil d'Etat, Arrêts du 22 janvier 1875, 13 décembre 1878, 9 août 1880, 17 juillet 1891, 24 mars 1893, 9 août 1893.

déjà formé, qu'à celui qui demande à le former lui-même. Ainsi, en liant l'intervention et la tierce opposition, la seconde n'étant possible qu'à défaut de la première, le Conseil d'Etat ouvrait très largement l'accès de la tierce opposition à tous les intéressés, et même à ceux qui n'auraient qu'un intérêt éventuel.

Alors qu'en droit commun, seules les personnes pouvant exciper d'un droit violé par le jugement incriminé pouvaient former tierce opposition à ce jugement, en matière d'excès de pouvoir, un simple intéressé pouvait attaquer une décision qui aurait dû avoir effet *erga omnes*. C'est à ce résultat paradoxal et incohérent qu'avait abouti l'arrêt Ville de Cannes.

La doctrine ne pouvait pas rester insensible devant un tel état de choses et des critiques violentes s'élevèrent contre cet arrêt.

§ 2. — *La doctrine devant l'arrêt Ville de Cannes*

L'arrêt Ville de Cannes provoqua chez les auteurs des critiques qui se rattachent aux deux points suivants : 1° la recevabilité de la tierce opposition contre un arrêt rendu en matière de pouvoir ; 2° les conditions posées par le Conseil d'Etat pour cette recevabilité.

La première série d'observations peut se résumer ainsi :

Le recours pour excès de pouvoir a pour but de faire reconnaître par le Conseil d'Etat l'irrégularité d'un acte administratif. C'est un recours objectif, dirigé contre un acte, et non un litige entre parties. C'est pourquoi la décision d'annulation qui intervient à l'issue du recours a

pour effet de faire disparaître l'acte irrégulier *erga omnes*. Dans ces conditions, comment le Conseil d'Etat peut-il déclarer recevable la tierce opposition contre un arrêt rendu en matière d'excès de pouvoir ? Cet arrêt a déclaré que l'acte était irrégulier. Il ne l'a pas seulement annulé, il l'a fait disparaître comme s'il était rapporté par son auteur. On voit difficilement comment un particulier même ayant intérêt au maintien de l'acte irrégulier, pourrait venir dire au Conseil d'Etat : « Vous avez jugé que l'acte n'était pas légal. Vous l'avez annulé. Mais votre arrêt lèse mes intérêts et je vous demande de le rapporter à mon égard ». Il suffirait que chaque intéressé fasse la même demande au Conseil d'Etat, et pratiquement le recours pour excès de pouvoir n'aurait plus de raison d'être.

Il y a donc dans l'admission de la tierce opposition contre un arrêt rendu sur recours pour excès de pouvoir, quelque chose d'illogique au point de vue théorique, et même de tout à fait dangereux en pratique. Dans certaines affaires, la recevabilité de la tierce opposition amènerait des résultats tout à fait inadmissibles. Prenons pour exemple le cas où le Conseil d'Etat est saisi par un intéressé d'un recours pour excès de pouvoir dirigé contre l'arrêté de police d'un Maire. Il en prononce l'annulation, et, à la différence de ce qui a lieu dans les procès entre particuliers, où le jugement « *res inter alios acta* » ne produit aucun effet à l'égard des tiers, cette annulation est absolue, et rien ne subsiste de l'acte annulé. Si un autre intéressé fait tierce opposition à l'arrêt du Conseil d'Etat et obtient gain de cause quelle sera la conséquence de cette nouvelle décision ? L'acte annulé retrouvera-t-il son auto-

rité à l'égard de tous, même de celui qui l'avait fait annuler, ou la décision ne profitera-t-elle qu'à celui qui l'a obtenue ? Tous les intéressés pourront-ils à toute époque former successivement tierce opposition ?

Voilà les problèmes devant lesquels l'arrêt du 28 avril 1882 nous place et il faut bien reconnaître qu'en bonne logique, et pour rester dans l'esprit du recours pour excès de pouvoir, le Conseil d'Etat aurait dû déclarer la tierce opposition non recevable. C'est d'ailleurs ce qu'il a fait en 1899, dans l'arrêt Ville d'Avignon, sur les conclusions du Commissaire du Gouvernement M. Jagerschmidt, qui avait développé les arguments précédents.

M. Jèze adresse à l'arrêt Ville de Cannes de vives critiques (1). Pour lui, la chose jugée par le Conseil d'Etat en matière d'excès de pouvoir, doit être considérée comme étant la vérité légale pour tout le monde. Il est d'intérêt social que les procès aient une fin, et plus particulièrement les recours intéressant la validité d'actes administratifs. M. Jèze cite d'ailleurs à ce sujet quelques lignes de la remarquable étude de M. Laferrière sur la tierce opposition en matière de recours pour excès de pouvoir, étude qui a eu une grande influence sur les décisions rendues par le Conseil d'Etat en 1899 et en 1912.

M. Laferrière ne prend pas parti contre le Conseil d'Etat de façon catégorique. Il est disposé à admettre la tierce opposition à des arrêts rendus en matière d'excès de pouvoir. Mais il critique les conditions posées par le Conseil d'Etat pour la recevabilité de la tierce opposition. Il

(1) *Revue de Droit Public* 1913, page 331.

n'admet pas le lien établi par le Conseil d'Etat entre l'intervention et la tierce opposition, et il formule admirablement ses critiques, qui constituent l'essentiel de la seconde série d'observations présentées contre l'arrêt de 1882.

Après avoir étudié l'intervention devant le Conseil d'Etat, et constaté qu'il est plus facile d'intervenir que de former un recours, M. Laferrière en arrive à la tierce opposition (1).

« En droit commun, dit-il, il y a un lien très étroit entre la faculté d'intervenir et celle de former tierce opposition ». En effet, le Code de Procédure Civile déclare dans son article 466 : « Aucune intervention ne sera reçue, si ce n'est de la part de ceux qui auront le droit de former tierce opposition ». « La même règle est applicable dans les matières contentieuses ordinaires soumises au Conseil d'Etat continue M. Laferrière car le décret du 22 juillet 1806 (art. 21 et 37) s'est borné à tracer les formes de l'intervention et de la tierce opposition. Il s'en est référé pour le fond, aux règles du droit commun.

« La corrélation du droit d'intervention et de tierce opposition dans les matières contentieuses ordinaires est d'ailleurs facile à justifier, car celui qui avait le droit d'intervenir pour empêcher qu'un jugement ne fût rendu, doit avoir aussi le droit de critiquer ce jugement quand il a été rendu à son insu et à son préjudice ».

Puis, M. Laferrière en arrive à la tierce opposition en matière de recours pour excès de pouvoir. Citant l'arrêt

(1) Laferrière : *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux* 1896, Tome II, page 564.

Ville de Cannes, il déclare alors : « Tout en admettant que la tierce opposition était recevable dans cette espèce, nous ne saurions admettre la doctrine générale que semble consacrer l'arrêt en présentant le droit d'intervention comme engendrant toujours le droit de tierce opposition en matière de recours pour excès de pouvoir ».

Le passage qui suit, cité par M. Jagerschmidt, Commissaire du Gouvernement dans l'affaire Ville d'Avignon en 1899, et par M. Léon Blum, Commissaire du Gouvernement dans l'affaire Boussuge, en 1912, a une importance capitale et a certainement exercé une grande influence sur les décisions prises par le Conseil d'Etat dans ces deux affaires. M. Laferrière fait une vive critique du lien qui semble exister, d'après le Conseil d'Etat, entre la faculté d'intervenir et celle de former tierce opposition.

« En effet, dit M. Laferrière, si ce lien existe dans le droit commun c'est parce que le Code de Procédure Civile et le décret du 22 juillet 1806 ont en vue des *parties* qui ont des *droits* à faire valoir à l'encontre des jugements qu'elles frappent de tierce opposition. « Une partie, dit l'art. 474 du Code de Procédure Civile, peut former tierce opposition à un jugement *qui préjudicie à ses droits*, et lors duquel ni elle, ni ceux qu'elle représente n'ont été appelés ». Or nous avons vu qu'en matière de recours pour excès de pouvoir, l'intervention est permise à ceux qui justifient d'un simple intérêt, sans qu'ils aient besoin de se prévaloir d'un droit lésé ou menacé. L'extension ainsi donnée au droit d'intervention en matière de recours pour excès de pouvoir ne saurait s'appliquer à la tierce opposi-

tion et modifier les conditions légales de ce recours exceptionnel ».

On ne saurait déclarer avec plus de netteté que le lien établi par le Conseil d'Etat entre l'intervention et la tierce opposition est absolument inadmissible. En faisant ressortir cette interdépendance dans les conditions d'exercice de ces deux actions, le Conseil d'Etat a voulu calquer cette solution sur celle du droit privé. Il a eu sans doute un souci d'équilibre, d'harmonie, très compréhensible. Mais il a abouti à un résultat inadmissible.

Et M. Laferrière conclut : « S'il en était autrement (c'est-à-dire s'il suffisait d'avoir pu intervenir pour avoir le droit de former tierce opposition) il n'y aurait presque pas d'arrêts prononçant une annulation pour excès de pouvoir qui ne pourraient être remis en question par une tierce opposition, car il n'y a presque pas d'actes administratifs au sort desquels quelque tiers ne puisse se dire intéressé ». Et dans de telles conditions, quelle utilité le recours pour excès de pouvoir pourrait-il encore présenter ?

Après avoir ainsi détruit la thèse du Conseil d'Etat, M. Laferrière, estimant que la tierce opposition doit être, dans certains cas, déclarée recevable contre des décisions d'excès de pouvoir, recherche quelles conditions le requérant doit remplir pour que sa tierce opposition soit admise. Il estime que, conformément au droit commun cette voie de recours est ouverte à ceux qui justifient que l'arrêt d'annulation « préjudicie à leurs droits ». Et M. Laferrière termine en citant quelques exemples de cas où l'arrêt du Conseil d'Etat pourrait préjudicier aux droits des tiers : « Tel serait le cas où le Conseil d'Etat aurait annulé pour excès

de pouvoir un acte ayant conféré des droits à des tiers, ou un acte de tutelle ayant servi de base à un contrat. La tierce opposition serait également ouverte au concessionnaire d'une mine dont l'acte de concession aurait été annulé sans qu'il eût été mis en demeure de le défendre ; au département ou à la Commune qui auraient entrepris des travaux en vertu d'une déclaration d'utilité publique frappée d'annulation à la requête d'un tiers ; en un mot à toute partie pouvant invoquer un droit qui se trouverait en échec par l'annulation de l'acte sur lequel ce droit reposait ».

Cet ensemble de critiques dirigées contre l'arrêt Ville de Cannes ne devait pas laisser le Conseil d'Etat indifférent. C'est pourquoi, en 1899, lorsqu'il dut statuer pour la deuxième fois sur la question, il adopta un point de vue absolument opposé à sa première jurisprudence, et il rejeta purement et simplement la requête comme non recevable. C'est cet arrêt que nous allons étudier maintenant.

SECTION III. — L'ARRÊT VILLE D'AVIGNON

§ 1. — *L'arrêt Ville d'Avignon et ses conséquences*

L'arrêt Ville d'Avignon a été rendu le 8 décembre 1899 dans les circonstances suivantes :

A Avignon il existe un Musée-Bibliothèque, du nom de Musée Calvet, qui constitue en réalité une fondation autonome, mais dont la Ville d'Avignon avait la prétention d'être propriétaire. Or, par deux arrêtés en date du 5 décembre 1890, le Préfet du Vaucluse mit à la retraite le Conservateur du Musée, et lui nomma un successeur. La

Commission Administrative qui dirige le Musée forma devant le Conseil d'Etat un recours pour excès de pouvoir tendant à l'annulation des deux arrêtés préfectoraux. Le Conseil d'Etat déclara la requête recevable et annula ces deux arrêtés, le 19 mai 1893. Ayant admis le recours de la Commission Administrative du Musée, le Conseil d'Etat s'était prononcé indirectement sur la question de la propriété du Musée : en effet, reconnaître à la Commission le droit d'ester en justice, c'est admettre sa personnalité et son autonomie. C'est pourquoi la Ville d'Avignon, estimant que l'arrêt du Conseil d'Etat du 19 mai 1893 préjudiciait à ses droits, forma une requête en tierce opposition demandant au Conseil d'Etat de rapporter sa décision.

Avec la jurisprudence de l'arrêt Ville de Cannes, le Conseil d'Etat devait déclarer : « Sur la recevabilité de la tierce opposition : Considérant que l'arrêt du 19 mai 1893 porte préjudice à la Ville d'Avignon ; que cette dernière avait qualité pour intervenir à l'instance qui a donné lieu à l'annulation des arrêtés préfectoraux du 5 décembre 1890 ; que dès lors la requête en tierce opposition est recevable, etc. »

Ce n'est pourtant pas un arrêt déclarant la requête recevable qu'il rendit, mais un arrêt de rejet pour non recevabilité de la tierce opposition. C'est sur les conclusions du Commissaire du Gouvernement, M. Jagerschmidt que le Conseil d'Etat se décida à un changement de jurisprudence.

M. Jagerschmidt, après avoir posé la question de recevabilité de la tierce opposition, et constaté qu'elle n'a été résolue qu'une fois par l'affirmative, se demande si le

Conseil d'Etat est lié, en la matière par le règlement du 22 juillet 1806, qui se réfère au droit commun. Il ne le pense pas, car le décret de 1806 a été élaboré à une époque où le recours pour excès de pouvoir n'était pas connu. Si le recours pour excès de pouvoir ne présentait pas de différences fondamentales avec le recours de pleine juridiction, on pourrait lui appliquer les textes qui régissent ce dernier. En la circonstance, il faut se souvenir que le recours pour excès de pouvoir « constitue un procès dirigé contre un acte, et non contre des personnes. C'est une action intentée contre la puissance publique, et dès lors, il n'y a pas de défendeurs dans l'instance ; il n'y a pas de débat contradictoire ; c'est le Ministre intéressé qui représente le service public, qui défend seul l'acte attaqué. La conséquence de cette situation qui caractérise le recours pour excès de pouvoir et le distingue nettement du recours par la voie contentieuse, c'est que ni les parties intéressées, ni le représentant de la puissance publique ne sont assignés dans l'instance au moyen d'ordonnance de soit-communi-qué comme dans la procédure ordinaire, mais par de simples communications administratives ; — et, d'autre part, il n'est pas contesté que si la communication à un particulier ou à la personne civile intéressée au maintien de l'acte attaqué n'a pas eu lieu, ou si cette personne, mise en cause, n'a pas fourni de défense, néanmoins la procédure ne serait pas par défaut, et l'opposition ne serait pas admise ; la procédure des excès de pouvoir ne comporte pas, en effet, de défendeur au sens propre du mot (1) ».

(1) Conclusions de M. Jagerschmidt, Lebon 1899, page 719, note 1.

Revenant ensuite à l'arrêt Ville de Cannes M. Jagerschmidt demande au Conseil d'Etat d'écarter cet arrêt qui, selon lui, ne doit pas faire jurisprudence. Et il cite alors la critique de cet arrêt par M. Laferrière, qui bien qu'admettant dans le cas de l'arrêt Ville de Cannes, la tierce opposition se refuse à reconnaître le lien entre le pouvoir d'intervenir et le droit de former tierce opposition. M. Laferrière estime que la voie de la tierce opposition dans le cas de recours pour excès de pouvoir ne doit être ouverte que si l'arrêt d'annulation préjudicie à des droits.

M. Jagerschmidt, s'il suit M. Laferrière lorsqu'il critique les conditions de recevabilité posées par le Conseil d'Etat dans l'arrêt Ville de Cannes, s'écarte de lui lorsqu'il propose l'admission de la tierce opposition si l'arrêt d'annulation préjudicie à des droits.

« Je crois, dit-il, qu'il faut admettre en cette matière un système radical : celui-là seul à une base juridique solide : la tierce opposition ne saurait jamais être admise. L'effet des décisions du Conseil d'Etat statuant au contentieux qui prononcent l'annulation des actes administratifs est différent des décisions en matière contentieuse. D'une part, la règle « *res inter alios judicata aliis neque nocet neque prodest* » ne s'applique que partiellement. Elle s'applique au sujet des décisions de rejet, mais la décision prononçant l'annulation opère *erga omnes*, aussi bien à l'égard de l'administration qu'à l'égard des tiers. La décision du Conseil d'Etat, acte de puissance publique, autrefois œuvre de la justice retenue a pour objet la réparation d'illégalités commises, elle est d'ordre public, et s'impose à tous les citoyens. Supposons une décision annulant un rè-

glement d'eau, un arrêté d'alignement ; elle s'imposera à tous les riverains. Or, la tierce opposition prévue par l'article 474 du Code de Procédure Civile, voie de recours créée pour mettre en pratique la règle de la relativité de la chose jugée, ne saurait être étendue à la matière des excès de pouvoir. Dans les affaires entre parties, on admet que l'intéressé qui n'a pas été représenté dans l'instance peut faire opposition au jugement. Cela, je le comprends. Mais cette solution est étrangère au recours pour excès de pouvoir. Dans cette dernière matière, personne ne peut s'opposer à l'exécution de la décision d'annulation ; celle-ci opère *erga omnes* ; dès lors, on ne peut permettre à personne de se porter tiers opposant à ladite décision, dont l'autorité doit rester entière et incontestée.

Par ces motifs, nous concluons à ce que la requête soit rejetée comme non recevable ».

Ces arguments qui mettaient en valeur le caractère particulier du recours pour excès de pouvoir, convainquirent le Conseil d'Etat. Celui-ci, sans tenir compte de l'arrêt de 1882, adopta tous les points de vue de M. Jagerschmidt et rendit l'arrêt suivant :

« Le Conseil d'Etat ; Vu l'art. 37 du décret du 22 juillet 1806 et l'art. 474 du Code de Procédure Civile ; vu les lois des 7-14 octobre 1790 et 24 mai 1872, vu le décret du 2 novembre 1864.

Considérant que la voie de la tierce opposition est ouverte seulement aux parties contre les décisions qui préjudicient à leurs droits, et lors desquelles ni elles, ni ceux qu'elles représentent n'ont été appelés ;

Considérant que les instances engagées par application des dispositions des lois des 7-14 octobre 1790 et 24 mai 1872 n'ont pas le caractère de litiges entre parties ; que si le Conseil d'Etat peut admettre les personnes qui se prévalent d'un intérêt au maintien des actes de la puissance publique attaqués par la voie du recours pour excès de pouvoir, à lui présenter leurs observations avant le jugement, la circonstance que ces intéressés n'auraient pas usé de cette faculté ne peut leur ouvrir la voie de la tierce opposition pour remettre en discussion des décisions d'annulation rendues définitivement à l'égard de tous ; qu'il suit de là que la tierce opposition de la Ville d'Avignon, contre la décision du Conseil d'Etat qui, sur recours de l'administration du Musée Calvet, a prononcé l'annulation pour excès de pouvoir des arrêtés du Préfet du Vaucluse, doit être rejetée comme non recevable...

Art. 1^{er}. — La requête est rejetée comme non recevable ».

Cet arrêt présente un gros intérêt, au point de vue de la détermination du caractère du recours pour excès de pouvoir. Il constitue un changement de jurisprudence, un revirement total, et les motifs de ce volte-face aussi complet sont exposés tout au long dans les « Considérants ».

L'arrêt pose d'abord quelques principes, donne des définitions, puis il tire une conclusion syllogistique de ces principes.

Il commence par donner la définition de la tierce opposition, en général, et il se sert pour cela, non de l'art. 37 du décret du 22 juillet 1806, mais de l'art. 474 du Code de Procédure. « La tierce opposition est ouverte seulement

aux parties, contre les décisions préjudiciant à leurs droits, etc. ». Donc, en règle générale, il faut que le tiers opposant s'oppose à un jugement où il existe des parties, et de plus, il faut que ce jugement préjudicie à ses droits, et non simplement à ses intérêts. Dans ce premier considérant, le Conseil d'Etat est donc déjà plus sévère pour l'admission de la tierce opposition, que dans l'arrêt Ville d'Avignon, puisqu'il exige du tiers opposant la preuve que l'arrêt incriminé porte atteinte à ses droits.

Ayant défini la tierce opposition, le Conseil d'Etat poursuit en déterminant le caractère du recours pour excès de pouvoir : « les instances engagées par application des dispositions des lois des 7-14 octobre 1790 et 24 mai 1872 n'ont pas le caractère de litiges entre parties ». C'est le gros point de l'arrêt. Il est évident qu'après une telle remarque la tierce opposition devra être rejetée. C'est le point sur lequel M. Jagerschmidt avait attiré particulièrement l'attention du Conseil d'Etat. C'est l'aveu du caractère objectif du recours pour excès de pouvoir. La personne qui met en marche le recours n'a pas la qualité de demanderesse. Il n'y a dans le recours, ni demandeur, ni défendeur. Il y a un acte d'apparence irrégulière. Est-il ou non valable ? Doit-il produire effet, ou doit-il être annulé ? C'est toute la question. Le fait que l'annulation de l'acte profitera à certains particuliers et nuira à d'autres ne leur donne pas, ne peut pas leur donner la qualité de parties. Le Conseil d'Etat exerce ici un contrôle supérieur sur la légalité administrative. Il ne cherche pas à trancher un litige entre parties. C'est certainement l'argument le plus fort que l'on puisse donner contre la recevabilité de la tierce opposition.

Le Conseil d'Etat continue en distinguant nettement le tiers opposant de l'intervenant. Avec l'arrêt Ville de Cannes, il suffisait d'avoir pu intervenir à l'instance en excès de pouvoir pour avoir qualité pour former tierce opposition. Maintenant, il en est autrement, car « si le Conseil d'Etat peut admettre les personnes qui se prévalent d'un intérêt au maintien des actes de la puissance publique attaqués par la voie du recours pour excès de pouvoir à *lui présenter leurs observations* avant le jugement, la circonstance que ces intéressés n'auraient pas usé de cette faculté ne peut leur ouvrir la voie de la tierce opposition pour remettre en discussion des *décisions d'annulation rendues définitivement à l'égard de tous* ». Admirons la formule employée par le Conseil d'Etat, qui est merveilleuse de clarté et de précision. Le deuxième considérant nous a averti que le recours pour excès de pouvoir n'était pas un litige entre parties. Par conséquent, l'intervenant ne pourra pas avoir la qualité de partie : il pourra simplement « *présenter ses observations* » avant le jugement, observations qui peuvent être d'ailleurs favorables ou non à l'annulation ; mais si les intéressés n'usent pas de cette faculté, ils n'ont plus le droit de protester lorsque le jugement est rendu. En effet, l'arrêt d'annulation a effet *erga omnes*. Dans ce troisième considérant, il est aisé de reconnaître l'empreinte des idées de M. Laferrière. Les termes employés sont presque les mêmes, et en tout cas, l'esprit est si nettement affirmé qu'il est impossible de s'y tromper.

La logique voulait qu'après avoir posé des principes, on en tirât une conclusion. C'est ce qu'a fait le Conseil d'Etat en déclarant la tierce opposition de la Ville d'Avi-

gnon non recevable. Venant après les considérants sus-énoncés, le rejet n'étonnera personne.

L'arrêt Ville d'Avignon est dans la tradition de clarté, de simplicité et de logique des arrêts du Conseil d'Etat. Il rétablit dans une direction normale la jurisprudence de la tierce opposition en matière d'excès de pouvoir. Il affirme les grands principes de ce recours si particulier qu'est le recours pour excès de pouvoir. Il doit donc être tenu pour un arrêt particulièrement important du droit administratif.

§ 2. — *La doctrine devant l'arrêt Ville d'Avignon*

Comme le désirait M. le Commissaire du Gouvernement Jagerschmidt, l'arrêt du 8 décembre 1899 déclare la tierce opposition non recevable contre une décision rendue en matière d'excès de pouvoir. C'est la reconnaissance formelle du caractère objectif du recours pour excès de pouvoir. Aussi l'arrêt Ville d'Avignon est-il approuvé sans réserve par les auteurs qui ont dégagé cette théorie de l'objectivité du recours pour excès de pouvoir : MM. Jèze, Duguit et Dareste.

M. Jèze (1) après avoir cité l'argumentation du Commissaire du Gouvernement, M. Jagerschmidt, se rallie entièrement à ses conclusions magistrales et regrette que le Conseil d'Etat ait cru devoir en 1912, adopter une solution illogique, en contradiction flagrante avec l'arrêt Ville d'Avignon, partant, avec la nature même du recours pour excès de pouvoir.

(1) *Revue de Droit Public* 1913, page 334.

M. Duguit (1) critiquant l'arrêt Boussuge du 29 novembre 1912, rappelle que le Conseil d'Etat avait repoussé la tierce opposition dans l'arrêt du 8 décembre 1899, et se rallie, ainsi que M. Dareste (2), aux conclusions très fermes de M. Jagerschmidt.

Ces auteurs voyaient leur thèse de l'objectivité du droit reconnue par le Conseil d'Etat, il était donc normal que l'arrêt Ville d'Avignon reçut leur approbation.

M. Hauriou, dans la note qu'il consacre à cet arrêt (3), est lui aussi très satisfait d'avoir vu le Conseil d'Etat remettre le recours pour excès de pouvoir dans sa véritable voie de moyen de nullité objectif, ne donnant pas aux intéressés la qualité de parties en cause. M. Hauriou félicite également le Conseil d'Etat d'avoir séparé les destinées de la tierce opposition et de l'intervention. Dans l'arrêt Ville de Cannes, le Conseil d'Etat avait étendu au contentieux de l'excès de pouvoir un principe de droit commun admis dans le contentieux ordinaire. « Il est d'autant plus remarquable, déclare M. Hauriou, de voir le Conseil d'Etat se raviser, et se rejeter, au contraire, du côté de cette idée que le contentieux de l'excès de pouvoir est spécial et différent des autres ». M. Hauriou continue en notant l'influence de M. Laferrière sur cette décision du 8 décembre 1899. Cependant, ainsi que nous l'avons indiqué, le conseil d'Etat n'a pas adopté complètement les vues de M. Laferrière, puisque pour celui-ci la tierce opposition pourrait

(1) *Droit Constitutionnel* 1928, 3^e Ed., Tome II, page 497.

(2) *Les voies de recours contre les actes de la puissance publique* 1914, pages 306-307.

(3) Sirey, 1900, III, page 72, Note.

être admise lorsque l'arrêt d'annulation « préjudicierait à des droits » ; au contraire le Conseil d'Etat rejette absolument l'idée de recevoir la tierce opposition contre une décision rendue en matière d'excès de pouvoir.

M. Hauriou critique les vues de M. Laferrière et notamment cette idée d'admettre la tierce opposition chaque fois que l'arrêt d'annulation causerait préjudice aux droits d'un tiers. « Les exemples cités par M. Laferrière de cas où un tiers opposant aurait pu invoquer la lésion d'un droit ne paraissent d'ailleurs ni bien importants, ni bien pratiques, déclare notamment M. Hauriou. Quelques-uns sont discutables. L'auteur avait cédé évidemment à la pente des déductions logiques tirées de l'idée de parties en cause ayant ou n'ayant pas de droits. Mais le Conseil d'Etat invoque un autre argument qui est le caractère absolu de la décision d'annulation rendue à l'égard de tous, caractère qui ne permet pas qu'elle soit remise en question par qui que ce soit. Et nous disons que cet argument péremptoire remet le recours pour excès de pouvoir dans sa véritable voie de moyen de nullité objectif ; cela le libère de certaines hésitations qui se reproduisent périodiquement depuis que la quatrième ouverture, la violation de la loi et des droits acquis, a semblé en faire, en certains cas, un moyen de faire valoir des droits ».

Ainsi, pour M. Hauriou, l'arrêt Ville d'Avignon présente une importance capitale pour la détermination de la véritable nature du recours pour excès de pouvoir.

La majorité de la doctrine s'était prononcée contre l'arrêt de 1882. Cette fois, l'arrêt de 1899 entraîne derrière lui l'unanimité des auteurs. Cela prouve qu'il correspond à

l'opinion générale sur la question de la nature du recours pour excès de pouvoir, et il doit être considéré comme un point marquant du contentieux de l'excès de pouvoir.

SECTION IV. — *LE REVIREMENT JURISPRUDENTIEL*
DU 29 NOVEMBRE 1912

§ 1. — *La préparation de l'arrêt Boussuge*
par la pratique des annulations partielles

Le Conseil d'Etat avait à peine proclamé les principes essentiels du recours pour excès de pouvoir, qu'il commençait à rendre des arrêts en opposition complète avec eux ! C'est ainsi que moins de deux ans après avoir affirmé que la décision d'annulation clôturant un recours pour excès de pouvoir avait effet *erga omnes*, le Conseil d'Etat rendait en matière d'excès de pouvoir un arrêt d'annulation n'ayant effet qu'à l'égard du requérant. C'est l'arrêt Lafaret du 24 mai 1901. Quelques années plus tard, le 10 juin 1910, le Conseil d'Etat poursuivait cette jurisprudence et dans des circonstances identiques prononçait une annulation relative d'un acte irrégulier.

Cet arrêt du 10 juin 1910⁽¹⁾ a été rendu dans les circonstances suivantes :

Le Préfet de Police avait nommé le 8 janvier 1908 quatre individus au poste d'inspecteur de la police municipale. Pour pouvoir être nommé à ce poste, il fallait être inscrit sur une liste, l'emploi étant réservé aux anciens

(1) Lebon, page 450.

militaires. Le Préfet de police qui était tenu de nommer les postulants dans l'ordre d'inscription du tableau, n'observa pas cet ordre et nomma aux emplois quatre titulaires ayant les numéros 13, 14, 15 et 16. Le sieur Aubry, bien qu'ayant le numéro 12, ne fut pas nommé. En effet, le Préfet de police avait estimé qu'Aubry, ayant déjà subi une condamnation, ne présentait peut-être pas toutes les garanties de moralité voulues pour faire un parfait inspecteur de police municipale, et avait refusé de le nommer à cet emploi. Le sieur Aubry fit donc devant le Conseil d'Etat un recours pour excès de pouvoir tendant à l'annulation des quatre nominations irrégulières.

Sur les conclusions du Commissaire du Gouvernement M. Léon Blum, le Conseil d'Etat rendit l'arrêt qui suit : « Les arrêtés du 8 janvier 1908 sont annulés *en tant qu'ils ont méconnu le droit du sieur Aubry d'être nommé à la même date à l'emploi d'inspecteur de la police municipale, avant les sieurs Perriol, Herpeux, Doradoux et Rouffiac*. Les conclusions tendant à la nomination d'Aubry sont rejetées ».

Que signifie cette formule curieuse employée par le Conseil d'Etat : « Les arrêtés sont annulés en tant qu'ils ont méconnu les droits du sieur Aubry ? » Il semble que logiquement, un acte annulé ne peut plus produire d'effet. C'est ainsi que jugeait le Conseil d'Etat en 1899. Cette fois, il n'annule plus purement et simplement, il annule « en tant qu'un droit a été méconnu », c'est-à-dire qu'il n'annule absolument rien : il reconnaît que les nominations ont été effectuées par un acte régulier en lui-même. Mais il existe une irrégularité qui tient au fait que la nomination

a porté, non pas sur l'individu à qui la loi réservait l'emploi vacant, mais sur un autre individu qui, d'ailleurs, remplissait toutes les conditions légales ou réglementaires pour être nommé, et qui aurait pu être très correctement désigné s'il avait été en rang utile de nomination, ou si le tour des candidats non classés était venu.

Bien qu'il y ait eu une légère irrégularité le Conseil d'Etat n'annule pas les nominations et, bien entendu, ne nomme pas le requérant, car ce n'est pas sa mission. L'arrêt peut se traduire ainsi : « En nommant au poste d'inspecteur de la police municipale les quatre personnes qui n'étaient pas en rang d'être nommés, le Préfet de police a porté atteinte aux droits du sieur Aubry. A son égard, par conséquent, ces nominations n'ont pas d'effet. Pratiquement les droits du sieur Aubry pourront être reconnus soit par une indemnité (que le Conseil d'Etat ne fixe pas puisque nous sommes dans un recours pour excès de pouvoir) soit par une nomination ayant effet rétroactif ». Voilà ce que l'arrêt laisse supposer.

Cette pratique d'annuler des actes partiellement, à l'égard du requérant simplement, a été critiquée par les partisans de l'objectivité du recours pour excès de pouvoir. Il est certain que ces annulations n'ont pas une base juridique très solide.

MM. Jèze et Duguît sont d'accord pour repousser la manière de voir du Conseil d'Etat, M. Jèze déclare notamment : « Ce qui devrait être annulé ce n'est pas la nomination, c'est la décision de refus de nommer le requérant qui a le droit de l'être ».

M. Bonnard critique lui aussi la pratique des annulations partielles. Il voudrait que la nomination soit maintenue, mais que le droit à indemnité du postulant évincé soit reconnu de façon plus explicite.

M. Alibert, sans critiquer cette façon de procéder, constate simplement qu'elle existe, et il voit une manifestation de la tendance nouvelle du Conseil d'Etat de considérer le recours pour excès de pouvoir comme un litige entre parties.

Quelque critiques qui aient été faites à cette jurisprudence, le Conseil d'Etat la maintint ; le 20 décembre 1912, un arrêt Glize la confirmait. De même les arrêts de Taillandier (9 février 1917), Parrat, Truc, Le Mentec (22 mars 1918), Graziani (3 décembre 1926).

Cette jurisprudence marquait une évolution certaine dans la conception du recours pour excès de pouvoir. Il n'était pas inutile de la faire précéder de l'étude de la jurisprudence nouvelle inaugurée par l'arrêt Boussuge. En effet, bien que les conditions d'application soient bien différentes, ces deux jurisprudences aboutissent au même résultat : la décision rendue en matière d'excès de pouvoir a perdu de son caractère absolu.

Dans le cas des annulations partielles, nous sommes en présence, en général, d'une personne qui a vu son droit violé par une nomination qui revêt une apparence d'irrégularité. La décision qui intervient à l'issue du recours *reconnaît son droit* sans annuler les nominations.

Au contraire, avec la nouvelle jurisprudence de l'arrêt Boussuge, les conditions sont inverses. C'est un arrêt d'excès de pouvoir qui *méconnaît le droit* d'un tiers : le

Conseil d'Etat permet à l'individu lésé de former tierce opposition à cette décision.

Dans les deux cas, que l'arrêt reconnaisse ou méconnaisse un droit, la décision d'excès de pouvoir n'a plus son caractère absolu.

§ 2. — *L'arrêt Boussuge et ses conséquences*

L'arrêt Boussuge, du 29 novembre 1912 (1) marque un revirement de jurisprudence dans la question de la recevabilité de la tierce opposition en matière d'excès de pouvoir.

En exécution de la loi du 11 juin 1896 sur le régime des Halles Centrales de la Ville de Paris, un règlement d'administration publique avait été pris le 8 octobre 1907. Ce règlement, dans son article 61, autorisait, sous le nom d'approvisionneurs, une certaine catégorie de commerçants à vendre sur le carreau des Halles de Paris des fruits et légumes dont ils n'étaient pas producteurs, et qu'ils avaient achetés hors de Paris. M. Omer Decugis, commissionnaire en fruits et primeurs et Président de la Chambre syndicale des commerçants en fruits et primeurs agissant tant en cette qualité qu'en son nom personnel, demanda au Conseil d'Etat d'annuler pour excès de pouvoir l'art. 61 du règlement d'administration publique du 8 octobre 1907. Par un arrêt du 7 juillet 1911, le Conseil d'Etat annula l'art. 61. Les approvisionneurs n'étaient pas intervenus dans l'instance d'excès de pouvoir, comme ils en auraient

(1) Lebon, p. 1135. — Sirey 1914, III, p. 33, note Hauriou.

eu le droit. Après la solution de l'instance, ils se ravisèrent et les sieurs Boussuge et autres, approvisionneurs, formèrent tierce opposition à l'arrêt parce qu'il préjudiciait à leurs droits, et qu'ils n'étaient pas représentés à l'instance.

Cette tierce opposition était-elle recevable ? Sans hésitation aucune, et se basant sur l'arrêt Ville d'Avignon, le Conseil d'Etat devait répondre par la négative. Le Commissaire du Gouvernement, M. Léon Blum, avait défendu la thèse de la non recevabilité. Pourtant, c'est un arrêt d'admission de la requête qui fut rendu.

M. Léon Blum, dans ses conclusions (1) a présenté la question de façon remarquable. Il rappelle d'abord les textes en vigueur dans le droit commun : décret de 1806, art. 474 du Code de Procédure Civile. Puis il trace l'évolution de la jurisprudence du Conseil d'Etat sur la question. Il critique en particulier l'arrêt de 1882 et la liaison qu'il suppose entre l'intervention et la tierce opposition. Après avoir cité l'opinion de M. Laferrière, M. Blum passe à l'arrêt Ville d'Avignon et il rappelle les conclusions de M. Jagerschmidt dans cette affaire. Il analyse ensuite l'arrêt et note l'influence respective de MM. Laferrière et Jagerschmidt.

« L'arrêt, dit-il notamment, s'inspire tout à la fois, à ce qu'il nous semble, du système développé dans l'ouvrage de M. Laferrière et de celui qui avait été exposé devant le Conseil par M. le Commissaire du Gouvernement. La décision Ville d'Avignon reprend implicitement la distinction entre l'intérêt et le droit ».

(1) Lebon, page 1135.

M. Blum cite alors les considérants de l'arrêt Ville d'Avignon et il poursuit : « Si nous interprétons exactement cette décision, elle retient donc cette distinction entre l'intérêt et le droit suggérée par M. Laferrière. Mais cette distinction offre-t-elle une base solide à une jurisprudence en cette matière ? Et même, à y regarder de près, cette distinction est-elle autre chose qu'une pure distinction d'école ? L'intérêt, en somme, n'est pas autre chose que la première apparence du droit, et le droit n'est pas autre chose que l'intérêt fondé sur une base juridique. Dans le chapitre de son livre consacré à la recevabilité du recours pour excès de pouvoir, M. Laferrière, après avoir posé en principe que l'intérêt suffit pour former le recours, règle, dit-il, depuis longtemps consacrée par la jurisprudence du Conseil d'Etat, et plus large que la règle ordinaire relative aux actions en justice, définit l'action ordinaire fondée sur un droit « le moyen de poursuivre en justice ce qui vous est légalement dû : *jus persequendi in judicio quod sibi debetur* ». Ainsi, le droit n'est pas autre chose que l'intérêt qui peut se prévaloir, soit d'un contrat, soit d'un texte de loi ou de règlement, soit d'un moyen juridique quelconque ».

« En fin de compte, dans toute action introduite devant vous, et à supposer que l'intérêt suffise pour l'engager, il faut alléguer un droit ou justifier d'un droit pour que le pourvoi ait une fin utile. Sinon, vous seriez amenés à opposer, non pas certes le défaut de qualité, mais le défaut de motif. Quand vous demandez pour recevoir un pourvoi, la justification préalable d'un intérêt, vous exigez par là qu'on ne soit pas étranger à la cause; parce que vous ne

voulez pas admettre le premier venu, le tiers indifférent qui aurait engagé l'action par malice ou par fantaisie et parce que dans notre droit, l'action publique au sens propre du terme, n'existe pas. Mais encore faudra-t-il que, dans les moyens du pourvoi, vous aperceviez les éléments juridiques d'un droit méconnu. Vous n'exigez pas la justification immédiate de ce droit parce que le fondement juridique de l'intérêt pourra ne pas apparaître immédiatement, et même, dans la plupart des cas, résulte seulement de l'examen du fond. Mais il faudra bien cependant que ce fondement juridique apparaisse tôt ou tard et que les deux éléments du droit : l'intérêt d'abord, la justification ensuite, se trouvent réunis à un moment quelconque de la procédure.

Nous sommes là en réalité devant deux notions bien malaisées à dissocier... » M. Blum continue en montrant que la Ville de Cannes, comme la Ville d'Avignon, avait bien des droits à faire valoir, et il conclut : « En d'autres termes, ces deux notions nous paraissent si bien mêlées que la question d'intérêt, à notre avis, ne peut et ne doit se poser que pour la recevabilité, et la question de droit pour la solution du fond. L'intérêt, nous le répétons, ce n'est pas, à notre avis, qu'une première présomption du droit, une première apparence grâce à laquelle le juge admet la partie à la justification ultérieure du droit. Dans le système de la décision Ville d'Avignon, et si la tierce opposition n'était recevable que devant la preuve d'un droit, il faudrait donc savoir si elle est fondée ou du moins si elle est juridiquement motivée avant de savoir si elle est recevable.

car c'est seulement l'examen du fond qui fera apparaître la réalité du droit ».

Ayant critiqué la distinction faite par le Conseil d'Etat entre les notions d'intérêt et de droit, M. Blum termine ainsi la première partie de son exposé : « Nous croyons, qu'en maintenant cette distinction, vous vous trouverez en présence de difficultés sans cesse renaissantes, d'une jurisprudence fatalement incertaine, puisque encore une fois c'est de votre jugement que dépendrait la recevabilité elle-même ».

Après la critique de la jurisprudence, M. Blum effectue une construction juridique très intéressante, mais inacceptable. Il admet que, dans certains cas, la tierce opposition puisse être déclarée recevable contre une décision d'excès de pouvoir. Laissons parler M. Blum :

« Dans l'ancien état de la jurisprudence, le recours pour excès de pouvoir se différenciait de la façon la plus nette des requêtes contentieuses ordinaires. Il s'en distinguait par les formules de dispositifs, qui étaient, ou des formules de rejet, ou des formules d'annulation pure et simple. Il s'en différenciait aussi en ce que le Ministre seul y défendait, en ce que, en principe, la communication au Ministre intéressé était la seule ordonnée par la section chargée de l'instruction.

Mais l'extension de votre jurisprudence en cette matière a fait qu'aujourd'hui un très grand nombre de recours pour excès de pouvoir sont véritablement des litiges entre parties, dispensés de frais, sans doute, dispensés du ministère d'avocat, mais comportant des communications aussi étendues que les recours de plein contentieux, et

aboutissant à des dispositifs, plus réservés, sans doute, dans leur rédaction, plus nuancés, mais qui n'en tranchent pas moins le fond du droit. En matière d'état de fonctionnaires par exemple, qu'il s'agisse de promotions de tableau d'avancement ou de tout autre cas analogue, vous communiquez à tous les intéressés, vous formulez des dispositifs qui ne se bornent pas à annuler ce qui a été fait à tort, mais qui indiquent avec précision ce qui aurait dû être fait. Vos décisions consacrent des droits, elles les précisent, elles les délimitent, elles les distribuent. En ces matières, et en bien d'autres matières encore, vous renvoyez devant les Ministres en indiquant avec exactitude les mesures d'exécution que votre décision comporte. Supposez que dans une de ces espèces, une communication ait été omise, supposez même que, par une répercussion indirecte, imprévue, votre décision se trouve atteindre tel ou tel intéressé que vous n'auriez pas songé à mettre en cause nous croyons, quant à nous, que la tierce opposition serait recevable, et que sa recevabilité, comme celle de l'intervention, dépendrait de la simple justification d'un intérêt, fut-ce d'un **intérêt moral**. *Il en est ainsi, à notre avis, chaque fois que le recours pour excès de pouvoir est dirigé contre un acte nominatif visant un individu, ou une catégorie déterminée d'individus.* En dépit de la forme extérieure du recours, bien que l'acte attaqué soit un acte de puissance publique, le débat porté devant vous, dans toutes les espèces de cette nature, est bien un litige entre des intérêts individuels. L'objet de votre décision est bien une distribution, une répartition d'intérêts individuels ou collectifs. Qu'il s'agisse de la catégorie d'actes que nous venons de désigner,

qu'il s'agisse d'arrêtés préfectoraux en matière de police des eaux, d'actes administratifs en matière de voirie municipale, l'objet du recours et la portée de la décision sont les mêmes. Vous statuez sur un conflit d'intérêts. Tous les intéressés peuvent dès lors, se présenter ou se faire représenter devant vous, qu'il s'agisse du pourvoi, de l'intervention ou de la tierce opposition.

Mais il en est autrement, à notre avis, quand il s'agit, non plus d'actes nominatifs et individuels, mais d'actes réglementaires, et telle est précisément la distinction que nous entendons vous proposer. Quand il s'agit d'actes réglementaires, toute l'argumentation développée devant vous en 1899 par M. Jagerschmidt reprend sa force pleine. L'art. 474 du Code de Procédure Civile et l'art. 37 du décret du 22 juillet 1806 ne peuvent plus s'appliquer. Sans doute, pour ouvrir l'action ou pour permettre qu'on y intervienne, vous demandez la justification d'un intérêt, mais c'est seulement pour que le recours pour excès de pouvoir dirigé contre le règlement ne prenne pas le caractère d'une action publique ; et aussi vous avez été amenés à étendre de plus en plus cette notion de l'intérêt, de façon à ouvrir au recours un accès de plus en plus large. Seulement, une fois l'action ainsi engagée, vous pouvez n'ordonner aucune communication en dehors de la communication aux Ministres, et en fait, vous n'en avez pas ordonné dans l'affaire tranchée par votre décision du 7 juillet 1911. Vous ne vous demandez plus, comme dans les autres recours pour excès de pouvoir, si l'acte attaqué a méconnu un droit appartenant au requérant. Le requérant disparaît et vous vous demandez simplement si l'acte réglementaire

attaqué est légal. Les deux parties sont en réalité : le règlement d'une part, la loi ou les principes généraux du droit de l'autre. Tout règlement est quelque chose qui ressemble à une petite loi sur lequel en vertu d'un pouvoir quasi constitutionnel, vous exercez un droit de contrôle, et dont vous vérifiez la régularité intrinsèque en fonction des lois existantes et des principes généraux du droit ».

La théorie construite par M. Blum est certainement très intéressante et très subtile. Elle n'est pas, nous le verrons, exempte de critiques. M. Blum continue son exposé en faisant l'application de sa théorie à l'affaire Boussuge. L'arrêt du 7 juillet 1911, dit-il en substance, a annulé l'art. 61 du règlement attaqué, non pas parce qu'il portait atteinte aux droits des commissionnaires aux Halles, mais parce qu'il portait atteinte à la loi. Et cette annulation a effet *erga omnes*, puisque le règlement s'impose à tous les citoyens ou à des catégories indéterminées de citoyens.

« Vis-à-vis d'actes de cette nature, quel pourrait être l'effet de la tierce opposition ? Elle tendrait à faire revivre un règlement que vous avez annulé, non pas parce qu'il méconnaissait des droits, mais parce qu'il violait le droit. Comment la justification d'un droit individuel pourrait-elle jamais vous faire revenir sur votre décision ? Comment pourrait-elle rendre légal ce que vous avez reconnu illégal ? Et cette légalité ou cette illégalité ne dépendent nullement de la violation des droits privés, car un règlement peut être pris régulièrement en méconnaissance de toute une catégorie de droits individuels. Il n'y a même pas de réglementation nouvelle qui ne lèse plus ou moins, non seulement des intérêts, mais des droits acquis, en même temps qu'elle

crée des droits nouveaux; et sa légalité intrinsèque n'en est nullement affectée. Cette légalité dépend uniquement de la confrontation du règlement avec les lois en vigueur ou avec les principes généraux du droit ».

« Dans l'espèce que vous avez eu à juger le 7 juillet 1911, vous avez eu à apprécier la légalité d'un règlement d'administration publique. Vous avez eu à vérifier si le pouvoir réglementaire avait ou non excédé la délégation du pouvoir législatif. Pour poser devant vous, le débat, sans doute, il a fallu la justification d'un intérêt individuel. Mais une fois le débat posé, vous l'avez tranché sans tenir le moindre compte de cet intérêt et en vous inspirant seulement de la loi et des principes du droit public. Vous avez jugé; la loi a été, ou n'a pas été violée. Une partie de plus ou de moins au débat n'aurait pas modifié le texte dont la légalité vous était soumise, non plus que la loi ni les principes du droit. Il aurait été sans intérêt pour vous qu'elle vous signalât les répercussions possibles de votre décision, puisque vous n'aviez pas à tenir compte des effets de l'arrêt que vous étiez appelés à rendre. Votre décision est une décision définitive, à notre sens, et qui, sous aucun prétexte, par aucun artifice de procédure, ne peut plus être remise en question.

Nous estimons donc, par ces motifs, que la tierce opposition doit être écartée comme non recevable ».

Dans toute la première partie de son exposé, M. Blum s'attache à démolir la distinction du droit et de l'intérêt. Pour lui, cette distinction « d'école » est artificielle et les deux notions, malaisées à dissocier, ne peuvent former la base d'une distinction assez claire pour asseoir une juris-

prudence. C'est pourquoi il demande au Conseil d'Etat de la repousser. Puisque M. Blum déclare qu'il n'arrive pas à différencier le droit de l'intérêt, il faut bien le croire. Pourtant, à notre avis, la distinction est possible, et nous le montrerons plus loin, dans la critique de l'arrêt Boussuge.

Pour remplacer cette distinction du droit et de l'intérêt, qu'il ne juge pas sérieuse, M. Blum présente une théorie séduisante, d'après laquelle il faudrait distinguer deux catégories de recours pour excès de pouvoir : ceux qui sont dirigés contre des actes nominatifs, qu'il qualifie « d'actions privées du droit public » ; et ceux qui sont dirigés contre des actes réglementaires, qui sont réellement des actions publiques. La tierce opposition devrait être ouverte contre les décisions de la première catégorie. Contre les arrêts de la seconde série, la tierce opposition serait impossible et même inconcevable, parce qu'elle ne peut remettre en cause une déclaration de légalité ou d'illégalité prononcée indépendamment de toutes les situations individuelles.

Nous sommes entièrement d'accord avec M. Léon Blum lorsqu'il refuse d'admettre la tierce opposition contre des décisions d'excès de pouvoir concernant un acte réglementaire. Mais nous nous séparons de lui lorsqu'il prétend déclarer recevable une tierce opposition contre une décision relative à un acte individuel.

M. Blum entend par acte individuel, ou acte nominatif tout acte qui vise un individu, ou une catégorie nettement déterminée d'individus. Lorsqu'un recours pour excès de pouvoir est intenté contre un acte de cette catégorie, en dépit de la forme extérieure du recours et bien que l'acte attaqué soit un acte de puissance publique, le débat est un

litige entre des intérêts individuels nous dit M. Blum. En effet, l'acte attaqué a tranché un conflit entre deux particuliers et c'est pour cette raison que la décision d'excès de pouvoir doit être susceptible d'être attaquée par la tierce opposition.

Cette distinction ne peut pas se soutenir : si l'on se préoccupait du conflit des intérêts particuliers qui ont pu s'agiter autour d'une décision administrative, il n'y aurait aucune raison de s'arrêter devant les décisions réglementaires. Dans l'affaire Boussuge, le conflit des intérêts particuliers des mandataires aux Halles et des approvisionneurs n'est-il pas nettement établi ? Les mandataires ont obtenu l'arrêt Decugis : les approvisionneurs veulent le faire tomber ; ce sont des intérêts particuliers qui luttent autour de cet arrêt, et de ce règlement du 8 octobre 1907. Et il en est ainsi dans bien d'autres cas. Les dessous des décisions réglementaires ne sont pas plus exempts d'intérêts particuliers que les dessous des décisions administratives individuelles.

M. Hauriou critique la thèse de M. Blum. « Celui-ci, dit M. Hauriou, avait combattu la thèse de la recevabilité. Il avait fait beaucoup d'efforts pour que la tierce opposition ne fût pas admise, et il avait sans doute jugé habile de jeter du lest, de sacrifier en partie la théorie de l'objectivité du recours pour excès de pouvoir, afin de la sauver, aussi en partie ».

Le Conseil d'Etat ne suivit pas les vues de M. Léon Blum. Ce dernier demandait au Conseil d'Etat de déclarer la tierce opposition non recevable dans cette affaire, parce que la décision d'annulation avait été rendue à propos d'un

acte réglementaire. Le Conseil d'Etat a admis la tierce opposition. Voici le texte de l'arrêt :

« Le Conseil d'Etat. — Vu la décision du Conseil d'Etat statuant au contentieux en date du 7 juillet 1911, qui prononce l'annulation partielle de l'art. 61 du règlement d'administration publique du 8 octobre 1907, pris pour l'exécution de la loi du 11 juin 1896 ; vu l'art. 474 du Code de Procédure Civile ; vu l'art. 37 du décret du 22 juillet 1806 ;

Considérant que si, en vertu de l'art. 37 du décret de 1806, toute personne qui n'a été ni appelée, ni représentée dans l'instance peut former tierce opposition à une décision du Conseil d'Etat statuant au contentieux, cette voie de recours n'est ouverte, conformément à la règle générale posée par l'art. 474 du Code de Procédure Civile, qu'à ceux qui se prévalent d'un droit auquel la décision aurait porté préjudice ;

Considérant que l'art. 61 du règlement d'administration publique du 8 octobre 1907 tel qu'il avait été promulgué, portait que le carreau forain des Halles est réservé aux cultivateurs qui y amènent leurs produits pour les vendre eux-mêmes et aux approvisionneurs vendant des denrées dont ils sont propriétaires ;

Considérant que, par la décision ci-dessus visée, en date du 7 juillet 1911, le Conseil d'Etat a annulé ledit art. 61, en tant qu'il admet sur le carreau forain des Halles Centrales de Paris, concurremment avec les cultivateurs qui y amènent leurs produits, les « approvisionneurs vendant des denrées dont ils sont propriétaires » ;

Considérant que les requérants soutiennent qu'en leur qualité d'approvisionneurs, ils ont été personnellement

privés, par la décision précitée, d'un droit qu'ils tenaient de la loi du 11 juin 1896, sur les Halles Centrales de Paris, et du décret du 8 octobre 1907 ; que dès lors leur requête est recevable :

Art. 1^{er} : La requête en tierce opposition des sieurs Boussuge et autres est déclarée recevable.

Art. 2 : Il sera ultérieurement statué au fond sur les conclusions de la requête susvisée ».

Après avoir rappelé les principes en vigueur dans le droit commun pour la recevabilité de la tierce opposition et en particulier la nécessité d'invoquer la violation d'un droit, le Conseil d'Etat fait purement et simplement l'application de ces principes au recours pour excès de pouvoir. Sans aucun doute, le Conseil d'Etat s'est souvenu dans cette affaire, de la distinction faite par M. Laferrière, si bien qu'on peut dire que cet arrêt est son œuvre. Il n'y a plus dans cet arrêt, de déclarations de principe : « le recours pour excès de pouvoir n'est pas un litige entre parties ; la décision rendue sur recours pour excès de pouvoir a effet *erga omnes* et ne peut être remise en question par personne... »

Au contraire, l'arrêt Boussuge est en opposition absolue avec ces principes : le recours pour excès de pouvoir est désormais assimilé à un litige entre parties ; l'annulation à laquelle il aboutit n'a plus force de chose jugée *erga omnes* ; elle n'a force de chose jugée qu'à l'égard du requérant, et de ceux qui n'ont qu'un intérêt. Mais elle n'a pas force de chose jugée vis-à-vis des individus qui n'ont pas figuré dans l'instance et n'y ont pas été représentés, lorsque ces personnes invoquent un droit auquel l'arrêt

d'annulation a porté atteinte. Et la tierce opposition formée par ces individus, titulaires d'un droit, contre la décision qui leur porte préjudice, est recevable.

Un tel bouleversement des principes essentiels du recours pour excès de pouvoir devait émouvoir la doctrine, certains auteurs ne ménagèrent pas leurs critiques à cet arrêt, d'autres, au contraire, l'admirent sans difficultés.

§ 3. — *La doctrine devant l'arrêt Boussuge*

L'arrêt Boussuge divisa la doctrine : tout d'abord les auteurs pour lesquels cet arrêt était inadmissible : les partisans de l'objectivité du recours pour excès de pouvoir : MM. Duguit, Jèze, Bonnard ; puis ceux qui considèrent que cet arrêt marque un nouveau stade de l'évolution du recours pour excès de pouvoir, et qui l'approuvent, ou du moins, ne le critiquent pas.

Il était à prévoir que l'arrêt Boussuge ne plairait pas aux créateurs de la doctrine de l'objectivité du recours pour excès de pouvoir, car cet arrêt diminuait considérablement la portée de cette doctrine.

M. Jèze (1) cite cet arrêt dans un de ses articles, et il le commente de la façon suivante : L'arrêt du 8 décembre 1899, rendu sur les conclusions conformes à M. Jagerschmidt, a affirmé l'effet absolu de la chose jugée par le Conseil d'Etat sur un recours pour excès de pouvoir, lorsque cette chose jugée est l'annulation d'un acte administratif. L'arrêt Boussuge, rendu contrairement aux conclusions de

(1) *Revue de droit public* 1913, page 331.

M. Léon Blum, renverse cette jurisprudence, du moins en partie. M. Jèze continue en déclarant qu'il voit une contradiction manifeste dans les deux arrêts. Pour lui, l'arrêt Boussuge ne constitue pas seulement un retour partiel à la solution donnée par l'arrêt Ville de Cannes. C'est une modification profonde à la théorie classique. « Y a-t-il lieu de s'en réjouir ? Ce qui est certain, c'est que, de moins en moins, il est vrai de dire que l'annulation d'un acte administratif prononcée par le Conseil d'Etat sur un recours pour excès de pouvoir produit effet *erga omnes* ».

Analysant ensuite l'arrêt Ville d'Avignon, M. Jèze se rallie à cet arrêt et aux conclusions de M. Jagerschmidt. Puis, il critique l'arrêt Ville de Cannes et il arrive à l'arrêt Boussuge : « La solution admise par le Conseil d'Etat dans cet arrêt est une solution moyenne : la tierce opposition contre un arrêt d'annulation sur recours pour excès de pouvoir n'est pas recevable si elle est formée par un requérant ayant un intérêt simple ; mais elle est recevable si elle est formée par un requérant ayant un droit. C'est la distinction proposée par Laferrière ».

M. Jèze cite ensuite le passage où M. Laferrière fait la distinction du droit du simple intérêt, et il continue : « Cette distinction, admise par l'arrêt Boussuge, repose sur deux arguments :

1° Un argument de texte : le décret de 1806 et l'art. 474 du Code de Procédure civile, qui accordent le pouvoir de former tierce opposition à toutes les personnes qui se prévalent d'un droit auquel le jugement préjudicie. C'est le seul argument invoqué expressément par le Conseil d'Etat.

2° Un argument de raison : un jugement ne peut pas être opposé à une personne qui n'a pas pu faire entendre ses moyens de défense. Le Conseil d'Etat n'invoque pas expressément cet argument, mais il est manifestement sous-entendu ».

« Pour ma part, continue M. Jèze, je repousse énergiquement la solution de l'arrêt Boussuge, la distinction proposée par M. Laferrière et admise par le Conseil d'Etat. Je la repousse pour tous les motifs invoqués magistralement par M. Jagerschmidt en 1899. Je la repousse encore pour deux raisons : 1° elle me semble en contradiction avec la théorie générale de l'autorité de la chose jugée, 2° elle repose sur une distinction très subtile et, à mon avis, impossible à faire, entre l'intérêt et le droit ».

D'après la première objection de M. Jèze, le principe fondamental en cette matière, c'est que la chose jugée est la vérité légale pour tout le monde : il faut que ce que le juge a dit soit tenu pour la vérité. « La possibilité de remettre en question la chose jugée, c'est l'anarchie sociale. Comme le disait le Commissaire du Gouvernement Romieu dans l'affaire Botta du 8 juillet 1904 (1) : « la règle qui domine toute organisation judiciaire, c'est que les procès doivent être jugés. Il faut que la lice judiciaire soit, à un moment donné, définitivement fermée, et que le litige soit tranché en fait et en droit ». Ainsi, le principe fondamental est que la chose jugée s'impose à tous. L'exception, c'est que la chose jugée n'a qu'une force relative. L'exception vise les cas où les chances d'erreur pour le juge sont si

(1) Lebon 1904, page 566.

grandes que maintenir le principe fondamental serait s'exposer à mettre la vérité légale en conflit avec la vérité réelle, au grand dommage de l'ordre social. Pour ces cas, et pour ces cas seulement, la chose jugée doit n'avoir qu'une force relative. Encore une fois, c'est l'exception.

Ceci posé, lorsqu'un acte administratif a été annulé par le Conseil d'Etat sur un recours pour excès de pouvoir, ce qu'il faut appliquer, c'est le principe fondamental et non pas la règle exceptionnelle. En d'autres termes, il ne faut pas qu'on puisse remettre en question la légalité de l'acte. La démonstration a été faite, une fois pour toutes, que l'acte est illégal. Il est d'intérêt social qu'un acte administratif illégal ne soit pas maintenu, ne soit appliqué à personne... Lorsqu'il s'agit d'apprécier une question de légalité, et que les chances d'erreur sont très faibles parce que la procédure est conduite par le juge ou par le Ministère public, et que le juge a statué en pleine connaissance de cause, il est d'intérêt social que la chose jugée soit, pour tout le monde, la vérité légale ».

M. Jèze cite alors des applications de la règle de la force absolue de la chose jugée : en matière criminelle, en matière de conflit d'attribution, etc.

« Je prétends que la situation est la même poursuit-il, au cas d'arrêt d'annulation sur un recours pour excès de pouvoir. D'une part, il s'agit essentiellement et exclusivement d'une question de légalité, c'est-à-dire de constater si tel acte est ou non conforme à la loi, au Droit. Or, en matière de légalité, il ne peut pas y avoir, à proprement parler, d'erreur ; il se peut que la solution de droit adoptée par le juge soit mauvaise, critiquable, que ce ne soit pas

l'interprétation à donner à la loi ; mais il n'y a pas là, en réalité, une erreur au sens de l'erreur qui explique et justifie la relativité de la chose jugée. Permettre de remettre en question la chose jugée sous prétexte que le juge a donné à la loi une mauvaise interprétation, c'est la porte ouverte à l'anarchie sociale ».

« L'arrêt Boussuge, méconnaît donc le principe fondamental de l'autorité absolue de la chose jugée, et c'est l'objection la plus grave que, à mon avis, il soulève. Le Conseil d'Etat avait été mieux inspiré, dans l'arrêt Botta 1904 lorsqu'il avait adopté les magistrales conclusions de M. Romieu : « Il faut qu'on sache bien, disait ce dernier, que lorsqu'un acte a été annulé par le Conseil d'Etat pour violation de la loi, cet acte ne peut être recommencé immédiatement dans les mêmes conditions, sous peine d'une annulation qui, cette fois, sera exclusivement fondée sur la violation de la chose jugée ». Ces paroles s'appliquent exactement à notre hypothèse... L'argument, continue M. Jèze, a une forme irrésistible lorsque l'arrêt d'annulation porte sur un règlement et non sur un acte individuel. Et tel est justement le cas dans notre hypothèse. Par un arrêt du 7 juillet 1911, le Conseil d'Etat a déclaré qu'un article d'un règlement de 1907 est contraire à la loi du 11 juin 1896. Par l'arrêt Boussuge de 1912, le Conseil d'Etat admet que la question de droit examinée et résolue par lui en 1911 touchant la légalité du règlement de 1907 soit remise en question. Il se peut que le Conseil d'Etat se soit trompé en 1911 et que l'article annulé soit conforme à la loi de 1896. Ce qui est certain, c'est que l'arrêt qui interviendra sur la tierce opposition est de nature à troubler profondément

l'ordre social et à créer une situation inextricable. Insistons sur ce point.

A la suite de l'arrêt de 1911, le devoir juridique de l'administration était de refaire le règlement de 1907, de lui substituer un règlement nouveau, afin d'obéir à l'arrêt du Conseil d'Etat. Je ne sais si l'administration a refait son règlement. Supposons qu'elle l'ait refait, ce qui encore une fois était son devoir. Et supposons maintenant que le Conseil d'Etat, après avoir déclaré la tierce opposition recevable, revienne sur la solution adoptée par lui en 1911 et déclare le règlement de 1907 parfaitement légal. Le devoir juridique de l'administration sera de remettre en vigueur le règlement de 1907. Or, si l'administration remet en vigueur le règlement de 1907, ne méconnaîtra-t-elle pas l'autorité de la chose jugée en 1911 ? Et si elle ne le remet pas en vigueur, ne méconnaîtra-t-elle pas l'autorité de la chose jugée sur la tierce opposition ? Ou bien maintiendra-t-elle, pour tout le monde sauf le tiers opposant, le nouveau règlement (autorité de chose jugée en 1911), et rétablira-t-elle, pour le tiers opposant seul, l'ancien règlement (autorité de la chose jugée en 1913) ? Mais par cela même que le règlement de 1907 ne s'appliquerait qu'à un seul individu déterminé, il cesserait d'être un règlement. Et d'autre part, le nouveau règlement fait après l'arrêt de 1911 n'aurait pas une portée générale. Ce serait le désordre, l'anarchie administrative.

Il est probable que le Conseil d'Etat se tirera d'affaire en déclarant la tierce opposition mal fondée » (1).

(1) Telle fut effectivement la solution qu'adopta le Conseil d'Etat.

La seconde critique formulée par M. Jèze se rapporte à la distinction faite par le Conseil d'Etat entre le droit et l'intérêt. M. Jèze se rencontre sur ce point avec le Commissaire du Gouvernement, M. Léon Blum. Selon M. Jèze il n'existe pas de critérium permettant de distinguer l'intérêt et le droit. « Je sais bien, dit-il, qu'au Conseil d'Etat on distingue le droit légal ou réglementaire, du droit contractuel, quasi-contractuel ou quasi-délictuel. Mais qu'est-ce donc que l'on appelle un droit légal ou réglementaire par opposition à un droit contractuel, ou quasi contractuel ou quasi-délictuel ? L'arrêt Boussuge de 1912 en donne comme exemple ou le définit : le droit qu'un individu tient d'une loi ou d'un règlement. Faut-il dire, avec M. Laferrière et l'arrêt de 1912, que tout pouvoir reconnu à un individu par une loi ou par un règlement constitue un droit autorisant la tierce opposition ? A ce compte, pour reprendre l'expression de M. Laferrière, il n'y aura presque pas d'arrêts prononçant une annulation pour excès de pouvoir qui ne puisse être remis en question par une tierce opposition, car il n'y a presque pas d'actes administratifs au sort desquels quelque tiers ne puisse se dire intéressé par un droit de ce genre ».

Et M. Jèze conclut : « En résumé, la solution de l'arrêt de 1912 doit être critiquée : 1° comme contraire à toute la théorie du recours pour excès de pouvoir ; 2° comme contraire au principe fondamental de l'autorité absolue de la chose jugée ; 3° comme reposant sur une distinction arbitraire entre le droit et l'intérêt ».

M. Duguit, qui partage les idées de M. Jèze sur l'objectivité du recours pour excès de pouvoir, désapprouve lui

aussi la jurisprudence de l'arrêt Boussuge (1). Après avoir rappelé les principes du recours pour excès de pouvoir, il déclare, au sujet de l'arrêt du 29 novembre 1912 : « A mon avis, il est le résultat d'une inadvertance de la haute juridiction, qui admet la recevabilité d'une tierce opposition dirigée contre un arrêt ayant prononcé l'annulation d'un décret, ce qui aboutit à cette conséquence que, si la tierce opposition avait triomphé sur le fond le décret aurait été annulé pour tout le monde, excepté pour une seule personne, le demandeur de la tierce opposition, ce qui me paraît inintelligible ».

M. Duguit fait ensuite l'historique de l'affaire et de la jurisprudence du Conseil d'Etat sur ce point, et il poursuit : « Cette solution ne soutient pas l'examen... En effet, celui qui est partie à une situation juridique subjective peut invoquer cette situation pour faire juger qu'un acte objectif ne lui est pas opposable et lorsque l'acte objectif qui le lèse est un jugement, la voie de droit qui lui est ouverte est la tierce opposition. Mais il n'en est ainsi que lorsqu'une situation juridique subjective est invoquée et qu'elle vient contredire un acte tendant à créer une situation objective. Or, tel n'est pas le cas lorsque, comme dans l'espèce de l'arrêt Boussuge, la seule question qui a été jugée est celle de la légalité d'un règlement. Celui-ci ayant été déclaré illégal est par là même annulé, anéanti. On ne comprend pas comment on peut prétendre à le faire revivre au profit d'une personne déterminée. On conçoit qu'un acte-condi-

(1) Duguit : *Traité de droit constitutionnel* en 5 volumes, 3^e édition, Tome II, page 497.

tion ne soit pas opposable à une personne bénéficiaire d'une situation subjective antérieure ; on ne comprend pas qu'un acte-règle étant anéanti, on puisse le faire revivre au profit d'une personne déterminée ».

Se ralliant au point de vue de M. Jèze, M. Duguît cite ensuite la conclusion de M. Alibert sur la portée de cet arrêt. M. Alibert voit dans l'arrêt Boussuge une des preuves de l'introduction de la notion de parties dans le recours pour excès de pouvoir, et de l'identification du recours pour excès de pouvoir et du recours de pleine juridiction.

M. Duguît ne se range pas aux côtés de M. Alibert et il déclare : « M. Alibert se trompe, et le Conseil d'Etat se trompe aussi s'il veut faire cette identification, parce que le recours contentieux dit à tort « de pleine juridiction », ou n'est rien, ou est un recours subjectif, et que le recours pour excès de pouvoir, ou n'est rien, ou est un recours objectif. Or identifier ces deux recours, c'est identifier des choses absolument différentes et qui seront toujours absolument différentes. M. Léon Blum, dans les conclusions qu'il a données pour l'affaire Boussuge, l'avait bien compris. Aussi bien, peut-on se demander si, à l'époque où a été rendu l'arrêt Boussuge, la jurisprudence du Conseil d'Etat, qui avait si nettement établi le caractère objectif du recours pour excès de pouvoir, ne traversait pas une période critique. A ce moment, une certaine confusion apparaît dans quelques-uns de ses arrêts. C'est ainsi que dans l'arrêt Blot du 26 janvier 1912 (1) qui déclare qu'un officier n'est pas recevable à attaquer par recours pour excès de pouvoir

(1) Lebon 1912, page 98.

la décision qui a refusé de lui donner un commandement, on lit: « considérant que l'art. 106 du décret du 28 mai 1895 sur le service des armées en campagne ne peut avoir pour effet de créer, au profit de l'officier un droit susceptible d'être revendiqué par une action contentieuse... » Ce considérant est en contradiction complète avec le caractère reconnu maintes fois au recours pour excès de pouvoir, par lequel on ne revendique point un droit, mais on prétend seulement que l'agent a violé la légalité. La question n'était pas de savoir si le requérant avait ou n'avait pas un droit à tel commandement ; il est bien certain qu'il n'en avait pas. La question était seulement de savoir, si en lui refusant le commandement, l'autorité supérieure avait ou non violé les décrets. C'est que le Conseil d'Etat devait juger et c'est ce qu'il n'a pas jugé ».

L'arrêt Blot, cité par M. Duguit et par M. Jèze est très intéressant pour la détermination de l'état d'esprit du Conseil d'Etat au moment où il a rendu l'arrêt Boussuge. Il faut le rapprocher des arrêts Laffaret, Aubry et Glize (1) qui donnent également de précieuses indications sur l'évolution des idées de la haute juridiction.

A côté de MM. Duguit et Jèze il faut ranger M. Bonnard, théoricien de l'objectivité du recours pour excès de pouvoir, qui trouve l'admission de la tierce opposition en matière d'excès de pouvoir « illogique, puisque la tierce opposition suppose l'autorité relative de la chose jugée, et que les décisions d'excès de pouvoir s'imposent à tous » (2).

(1) Voir pages 72 et suivantes.

(2) Bonnard : *Précis de droit administratif* 1935, page 231.

Les critiques adressées par les théoriciens de l'objectivité de recours pour excès de pouvoir ne sont pas toutes d'égale valeur. Néanmoins, il faut en retenir une qui paraît justifiée : il est certain que l'arrêt Boussuge est en opposition avec toute la théorie du recours pour excès de pouvoir. Nul ne peut le nier et du reste personne n'y a songé. Est-ce un bien ou un mal ? Les partisans de la théorie du droit objectif ne peuvent évidemment pas l'admettre. Les autres auteurs se contentent en général de considérer dans cet arrêt l'évolution des idées du Conseil d'Etat au sujet du recours pour excès de pouvoir.

Ces auteurs, qui suivent l'évolution du recours pour excès de pouvoir, sont en particulier MM. Hauriou, Alibert et Appleton.

M. Hauriou, dans la note qu'il consacre à l'arrêt Boussuge (1), constate tout d'abord qu'il y a quelque chose de changé dans le contentieux administratif : le recours pour excès de pouvoir pâlit et s'efface devant le contentieux ordinaire de pleine juridiction. A son avis, on penche vers l'unité de recours contentieux. Le contentieux administratif est mûr pour la jonction dans la même instance des conclusions à fin d'annulation et des conclusions à fin de réparation. Il ne faut donc pas s'étonner de voir le recours pour excès de pouvoir perdre de son caractère objectif, pour prendre le caractère subjectif du recours de pleine juridiction. « Après avoir brillé de 1860 à 1889, déclare M. Hauriou, depuis cette date, il se survit : nous l'admirons encore de confiance, mais il est comme cette étoile temporaire des Gémeaux que nous voyons dans le ciel, et dont

(1) Sirey 1914, III, page 33.

l'exaltation lumineuse a peut-être disparu depuis des centaines d'années, tellement elle est loin de nous. Nous l'admirons encore, et il n'est déjà plus, ou du moins il n'est plus qu'une pièce de musée, un objet d'art délicat, une merveille de l'archéologie juridique... »

M. Hauriou voyait donc dans l'arrêt Boussuge la preuve de la mort du recours pour excès de pouvoir! Il y aura bientôt un quart de siècle que l'arrêt Boussuge a été rendu et cependant le recours pour excès de pouvoir continue, non seulement à vivre, mais à se développer chaque jour davantage...

Après avoir dressé cet éloge funèbre un peu prématuré, M. Hauriou examine les faits et pose la question de recevabilité de la tierce opposition.

« Le cas est embarrassant, dit-il, car il y a, et il y a toujours eu de bons arguments dans les deux sens. Pour déclarer la tierce opposition non recevable, on peut faire remarquer que la chose jugée sur recours pour excès de pouvoir, lorsque l'annulation de l'acte a été prononcée, s'oppose à tous ceux qui n'ont pas été appelés à l'instance aussi bien qu'à ceux qui y ont été appelés ; c'était du moins la tradition jusqu'ici, et il était entendu que l'acte était annulé *erga omnes*, comme s'il avait été retiré par son auteur ; de plus, l'art. 474 du Code de Procédure Civile ouvre la tierce opposition aux parties, et il était entendu jusqu'ici que le requérant, et même les intervenants dans une instance en excès de pouvoir, n'étaient pas précisément des parties en cause, parce que cette instance n'était pas un procès entre parties, mais un procès fait à l'acte, à la décision exécutoire elle-même. En sens inverse, pour

déclarer la tierce opposition recevable, on s'est toujours appuyé sur ce raisonnement que ceux qui seraient admis à intervenir pendant l'instance, s'ils sont avertis à temps de ce qui se passe, doivent tout aussi bien être admis à former tierce opposition après le jugement car des détails de procédure ne doivent pas faire échec à des droits ou à des intérêts certains ».

M. Hauriou analyse ensuite la jurisprudence du Conseil d'Etat, et note la distinction de M. Laferrière entre le droit et l'intérêt : « C'est cette distinction que consacre notre arrêt Boussuge, poursuit M. Hauriou, et assurément cela signifie que le Conseil d'Etat, en 1912, n'a plus été impressionné par la théorie objective du recours pour excès de pouvoir, autant qu'il l'a été en 1899. Et c'est bien la preuve de l'évolution historique qui emporte cette théorie objective. Mais il ne faut pas non plus exagérer et il ne sied pas de croire que tout soit perdu. En somme, c'est la solution pratique de M. Laferrière qui est adoptée. C'est une solution transactionnelle et équitable.

Nous hésitons beaucoup notamment à blâmer la solution de notre arrêt, en tant qu'il porterait atteinte au principe traditionnel du caractère absolu de l'autorité de la chose jugée en matière d'excès de pouvoir. M. Jèze a des développements à ce sujet très intéressants, mais non convaincants. Est-il bien certain que si, au cas d'annulation pour excès de pouvoir, l'acte est annulé *erga omnes*, ce soit à cause de la procédure très objective du recours pour excès de pouvoir, et parce que cette procédure est dirigée par le juge ? Mais, au cas où le recours ne réussit pas et où l'annulation n'est pas prononcée, la décision de rejet n'est

pas opposable *erga omnes*; elle est enfermée, au contraire, dans la relativité de la chose jugée et cependant la procédure avait été dirigée par le juge. Dans les recours contentieux ordinaires, il y a relativité de la chose jugée, et cependant la procédure est dirigée par le juge. Nous ne croyons donc pas que le critérium de la procédure dirigée par le juge soit bien solide. Nous ne croyons pas davantage que l'on puisse poser en principe le caractère absolu de la chose jugée dans les instances, et considérer la relativité comme une exception. Nous voyons bien que cette proposition est en harmonie avec certaine théorie de l'objectivité du droit que M. Jèze partage avec M. Duguit, mais nous ne voyons pas qu'elle soit dans le sens de l'évolution historique. De même que le droit subjectif est devenu le droit commun sous la forme du droit civil, de même la relativité de la chose jugée est devenue le droit commun par cela seul qu'elle est un principe de Procédure civile, qui est la procédure du droit commun. Voilà la vérité historique. C'est donc l'annulation *erga omnes* qui est une exception, et cela s'explique, croyons-nous, par l'idée que lorsqu'un acte public est annulé par un recours spécial, c'est comme s'il était publiquement rétracté. Dès lors, que cet effet exceptionnel cesse en certains cas de se produire, cela n'a pas une très grande importance.

Il est vrai que la solution de notre arrêt nécessite une distinction du droit et du simple intérêt, et de cela encore on lui fait un grief. C'est un point où M. Jèze se rencontre avec M. Blum. Mais la distinction est classique en droit administratif. En droit civil, l'intérêt et le droit se confondent pratiquement, parce que, dans le commerce juridique

de la vie privée, les individus ont le pouvoir de décision sur leurs propres intérêts, et que ce pouvoir de décision transforme ces intérêts en des droits ; mais dans le domaine administratif, il arrive à chaque instant que les individus ont des intérêts sur lesquels la décision appartient à l'administration, laquelle d'ailleurs n'est point leur mandataire : ce sont là de simples intérêts. Ainsi des habitants auraient intérêt à ce qu'un chemin public fut ouvert dans la région qu'ils habitent, mais ils n'ont pas le pouvoir de décider l'ouverture du chemin : le pouvoir de décision est à l'autorité municipale. Ces habitants n'ont donc pas droit au chemin, ils n'ont qu'un simple intérêt. Mais il y a des hypothèses où la police administrative se trouve en contact avec de véritables droits des administrés, parce qu'il s'agit d'intérêts que ceux-ci peuvent réaliser par eux-mêmes et par leur propre décision. C'était le cas dans notre espèce. Les approvisionneurs sont des gens qui, en vertu de la liberté générale du commerce, avaient le droit d'apporter les denrées achetées par eux, et l'art. 61 du règlement d'administration publique de 1907 n'avait fait que régler l'exercice de cette liberté en leur assignant le carreau des Halles. Et réellement, l'arrêt Decugis de 1911 leur enlevait l'exercice d'un droit ».

Après avoir ainsi critiqué les arguments présentés par M. Jèze contre l'arrêt Boussuge, M. Hauriou détruit la théorie exposée par M. Blum dans ses conclusions, théorie basée tout entière sur la distinction des actes individuels et des actes réglementaires, et qui a été critiquée plus haut (1).

(1) V. pages 80 et suivantes.

Il ressort donc de l'exposé de M. Hauriou qu'il admet la tierce opposition contre la décision rendue sur recours pour excès de pouvoir. Pour lui c'est une étape vers la disparition du recours pour excès de pouvoir et sa confusion avec le recours au fond,

Dans la dernière édition de son Précis de droit administratif (1) M. Hauriou parle ainsi de l'arrêt Boussuge... « Entre ces deux thèses absolues (celle de l'arrêt de 1882 et celle de l'arrêt de 1899) les arrêts Boussuge et Gaucher choisissent une *via media* : pour donner satisfaction aux textes, la tierce opposition sera accordée, mais seulement à ceux qui pourront invoquer la violation d'un droit... »

La pensée de M. Hauriou s'est donc modifiée depuis 1913. A cette époque, il croyait que le recours pour excès de pouvoir était mort. En 1927, c'est seulement pour satisfaire les textes que l'on a admis la tierce opposition et non parce que le recours pour excès de pouvoir avait disparu.

Aux idées de M. Hauriou, il faut rattacher celles de M. Appleton qui, dans son traité : « Du contentieux administratif » signale la recevabilité de la tierce opposition en matière d'excès de pouvoir, et renvoie au traité de M. Hauriou (2).

M. Alibert, dans son livre admirable sur « le contrôle juridictionnel de l'Administration au moyen du recours pour excès de pouvoir », signale l'arrêt Boussuge (3). Il indique lui aussi qu'une confusion tend à s'établir entre

(1) Hauriou : *Précis de droit administratif* 1927, page 457.

(2) Appleton : *Du contentieux administratif*, page 637.

(3) Alibert : *Le Contrôle juridictionnel de l'Administration au moyen du Recours pour excès de pouvoir*, pages 48 et 49.

le recours pour excès de pouvoir et le recours contentieux de pleine juridiction. Le premier tend à absorber le second. Cette tendance à l'unification des deux recours se remarque dans l'évolution des règles de recevabilité, de présentation, de procédure, dans les procédés d'investigation mis en œuvre par le juge, et enfin dans le contenu et les résultats de la décision.

La décision, déclare M. Alibert, a modifié son caractère par l'introduction de la notion de parties. Jadis, le recours pour excès de pouvoir n'était qu'un procès fait à l'acte administratif et à la puissance publique. A cette idée correspondait une procédure simple dont l'essentiel était la communication administrative du recours au Ministre représentant la puissance publique. On ne concevait ni parties, ni tiers intéressés.

La jurisprudence a rompu avec ces principes. La notion de parties s'est introduite dans le recours pour excès de pouvoir et a ainsi contribué à le rapprocher sur ce point encore du contentieux de pleine juridiction. Cette introduction s'est réalisée de quatre manières :

1° La transformation du contentieux d'excès de pouvoir en contentieux pécuniaire : Un militaire réclame sa solde irrégulièrement suspendue, au moyen de l'annulation de l'acte illégal. Un instituteur réclame son indemnité de logement en demandant l'annulation du refus d'inscription d'office, etc. Ces personnes deviennent de vraies parties.

2° La pratique des annulations partielles (1).

(1) Voir pages 72 et suivantes.

3° L'évolution de la théorie des nullités. Alors que normalement les formalités administratives sont d'ordre public, et que leur violation doit être regardée comme un excès de pouvoir, depuis quelque temps, le Conseil d'Etat a esquissé une théorie des nullités relatives, comme si le recours pour excès de pouvoir était un litige entre parties. Le Conseil d'Etat distingue les formalités substantielles de celles qui ne le sont pas ; des vices de forme peuvent être couverts ; certaines formalités n'ayant été édictées que dans l'intérêt de l'administration, celle-ci est seule qualifiée pour se prévaloir de leur omission. Le recours pour excès de pouvoir se rapproche ainsi du recours au fond.

4° L'admission de la tierce opposition. « Pendant longtemps le Conseil d'Etat n'admettait pas la tierce opposition aux décisions rendues sur le recours pour excès de pouvoir. Il estimait que le recours pour excès de pouvoir n'était pas un litige entre parties, mais un recours objectif, qu'aucune partie ne pouvait dès lors alléguer que la décision préjudiciât à ses droits. D'autre part, l'annulation sur le recours pour excès de pouvoir est prononcée *erga omnes*. Il apparaissait donc au Conseil d'Etat que nul n'était qualifié pour la remettre en question (C. E. 8 décembre 1899).

Le Conseil d'Etat est revenu en 1912 sur cette ancienne jurisprudence. Il admet la tierce opposition aux décisions rendues sur recours pour excès de pouvoir, lorsque les tiers peuvent établir que ces décisions préjudicient à leurs droits (C. E. 29 novembre 1912, Boussuge).

Cette jurisprudence reconnaît donc qu'il existe de véritables parties au recours pour excès de pouvoir, que ces parties peuvent alléguer de véritables droits et remettre en

question une annulation prononcée *erga omnes*. C'est pratique, c'est équitable, mais on ne peut pas identifier plus clairement le recours pour excès de pouvoir avec le contentieux de pleine juridiction ».

L'opinion de M. Alibert n'est pas partagée par tous les auteurs. M. Duguit, en particulier, estime que l'arrêt Boussuge n'a pas fait perdre au recours pour excès de pouvoir son caractère objectif. M. Hauriou (1) qui par ailleurs admet la jurisprudence de l'arrêt Boussuge, dit cependant : « D'ailleurs cette nouvelle jurisprudence ne signifie pas du tout que l'instance en excès de pouvoir ait pris plus que par le passé le caractère d'un litige entre des parties, ou ait perdu de son caractère objectif ».

Avant de clore le débat, il importe de signaler que l'arrêt Boussuge n'est pas un arrêt isolé : en effet, le 20 février 1914, le Conseil d'Etat a rendu un arrêt en cette matière : l'arrêt Gaucher (2).

Par deux arrêtés en date du 15 juillet 1909, le Préfet de la Creuse avait modifié l'emplacement du cimetière de la commune de Saint Pardoux d'Arnet. La demoiselle Laforge a qui ce transfert portait préjudice demanda au Conseil d'Etat d'annuler les arrêtés du Préfet de la Creuse. Sa requête ayant été présentée après le délai de deux mois fut déclarée non recevable par le Conseil d'Etat le 26 juillet 1912. C'est contre cet arrêt que le sieur Gaucher, locataire de la demoiselle Laforge, formait tierce opposition. Le Conseil d'Etat rendit l'arrêt suivant, le 20 février 1914 :

(1) Hauriou : *Précis de Droit administratif*, 1927, page 457.

(2) Lebon 1914, page 239.

« Considérant que si, en vertu de l'art. 37 du décret de 1806, toute personne qui n'a été ni appelée, ni représentée dans l'instance, peut former tierce opposition à une décision du Conseil d'Etat rendue en matière contentieuse, cette voie de recours n'est ouverte, conformément à la règle générale posée par l'art 474 du Code de Procédure Civile, qu'à ceux qui se prévalent d'un droit auquel la décision aurait préjudicié ;

Considérant que la décision du Conseil d'Etat du 26 juillet 1912, entreprise par le sieur Gaucher est intervenue sur la requête de la demoiselle Laforge, tendant à l'annulation pour excès de pouvoir de deux arrêtés du Préfet de la Creuse, en date du 15 juillet 1909 ; que cette décision a rejeté la requête de la demoiselle Laforge et maintenu, par suite, les actes attaqués ; qu'elle n'a donc pas pu, par elle-même, préjudicier à aucun droit appartenant à un tiers, que dès lors le sieur Gaucher, qui au surplus n'est devenu locataire de la demoiselle Laforge que postérieurement au 26 juillet 1912, est sans qualité pour déférer ladite décision au Conseil d'Etat par la voie de la tierce opposition ; que la requête sus-visée ne saurait d'ailleurs être retenue comme constituant un recours pour excès de pouvoir contre les arrêtés du Préfet de la Creuse ; qu'elle a été, en effet, enregistrée au Conseil d'Etat plus de 2 mois après la publication de ces arrêtés et qu'elle serait par suite non recevable.

Art. 1^{er}. — La requête en tierce opposition du sieur Gaucher est rejetée ».

Il faut noter que cet arrêt n'est pas intervenu sur une décision d'annulation du Conseil d'Etat, mais sur une décision de rejet, qui n'avait donc qu'une force relative de

chose jugée. Cependant il est intéressant de remarquer que le Conseil d'Etat à propos de cette tierce opposition, a rappelé les principes de l'arrêt Boussuge, qui de cette façon ne peut pas être considéré comme un arrêt isolé.

Depuis les arrêts Boussuge et Gaucher, le Conseil d'Etat n'a pas eu à se prononcer sur la recevabilité de la tierce opposition contre une décision d'excès de pouvoir. Il est vraisemblable que la prochaine fois qu'il aura à statuer sur un recours de cette nature, le Conseil d'Etat confirmera la jurisprudence de l'arrêt Boussuge.

Quel jugement faut-il porter sur l'arrêt Boussuge ?

La logique formelle conduit à écarter la tierce opposition lorsqu'elle est dirigée contre une décision d'excès de pouvoir. En effet, la tierce opposition suppose un droit violé et dans la matière du recours pour excès de pouvoir on ne s'appuie pas sur des droits violés.

Du moment qu'il n'y a pas eu violation de droits subjectifs, on ne devrait pas pouvoir admettre que des droits de tiers aient pu être lésés par une décision d'excès de pouvoir, puisque le recours pour excès de pouvoir se tient sur le plan des intérêts et non des droits.

En théorie, donc, l'admission de la tierce opposition dans le cas de recours pour excès de pouvoir est illogique. Mais, en fait il arrive que la décision à laquelle aboutit ce recours objectif porte atteinte non seulement à des intérêts mais à de véritables droits subjectifs. Et alors, n'est-il pas utile de permettre à la personne qui a subi un préjudice du fait de l'arrêt d'annulation, de former tierce opposition à cet arrêt ? C'est cette solution essentiellement pratique qu'adopte l'arrêt Boussuge.

Malgré cet arrêt, le principe de l'autorité absolue de la chose jugée sur recours pour excès de pouvoir subsiste toujours, et l'arrêt Boussuge n'apparaît que comme une exception à ce principe.

Toutefois, cette exception n'est pas à négliger, car elle montre qu'à certains égards, le recours pour excès de pouvoir tend à se rapprocher du contentieux ordinaire.

CHAPITRE II

Procédure et Effets

SECTION I. — PROCÉDURE

1° *Compétence.* — Conformément au droit commun, la tierce opposition formée contre une décision d'annulation rendue sur recours pour excès de pouvoir doit être présentée au tribunal qui l'a prononcée, c'est-à-dire au Conseil d'Etat. Depuis le décret du 5 mai 1934, il se peut que les Conseils de Préfecture aient à juger des tierces oppositions contre des décisions d'excès de pouvoir, car ce décret, augmentant leurs attributions en ce qui concerne le contentieux local, a paru leur donner compétence pour juger les recours pour excès de pouvoir concernant les fonctionnaires locaux. A ce jour, les Conseils de Préfecture ne se sont pas encore prononcés sur la question.

2° *Formes.* — D'une façon générale, la forme à employer pour introduire une requête devant le Conseil d'Etat dépend du fond du recours. S'agit-il d'un recours contentieux de pleine juridiction, la procédure est déterminée par les articles 1 à 16 du décret du 22 juillet 1806. Veut-on au contraire former un recours pour excès de pouvoir, alors il faut suivre les règles posées par le décret du 2 novembre 1864, modifié par la loi de finances du 17 avril 1906.

Lorsqu'une tierce opposition est dirigée contre une décision d'annulation rendue sur le recours pour excès de pouvoir, quelle procédure faut-il suivre ? Celle du recours de pleine juridiction ou celle du recours pour excès de pouvoir ? La question est importante car les textes de 1864 et 1906 accordent plus d'avantages que le décret de 1806. Pour la résoudre, il faut dégager la nature de la tierce opposition, quand elle est formée contre un arrêt d'excès de pouvoir.

A-t-elle même nature que le recours de pleine juridiction ou que le recours pour excès de pouvoir ? Le Conseil d'Etat a estimé, dans l'arrêt qu'il a rendu le 8 décembre 1899 qu'elle avait la nature du recours pour excès de pouvoir.

« Le Conseil d'Etat..., sur les conclusions de l'Administration du Musée Calvet a fins de dépens.

Considérant que la requête de la Ville d'Avignon doit être considérée comme ayant la même nature que le recours pour excès de pouvoir qui a donné lieu à la décision attaquée ; qu'ainsi, et par application de l'art. 3 du décret du 2 novembre 1864, les observations présentées au sujet de ladite requête par l'Administration du Musée Calvet pourraient être produites sans autres frais que ceux de timbre ; que par suite il ne peut être alloué à ladite Administration d'autres dépens que les frais de timbre par elle exposés ;...

Art. 2. — La Ville d'Avignon remboursera à l'Administration du Musée Calvet les frais de timbre exposés ».

Il résulte de cet arrêt que, la tierce opposition ayant même nature que le recours pour excès de pouvoir, le tiers opposant peut suivre la procédure de la loi du 17 avril 1906.

Il en est de même pour ceux qui interviendraient à l'instance pour défendre l'arrêt attaqué.

Le décret du 2 novembre 1864, modifié par la loi de finances du 17 avril 1906, porte que les recours formés devant le Conseil d'Etat par application de la loi des 7-14 octobre 1790, contre les actes des autorités administratives pour incompétence ou excès de pouvoir, seront enregistrés en débet et jugés sans autres frais que les droits de timbre. Cependant, si la requête est rejetée, en partie ou en totalité, les droits d'enregistrement du recours et de l'arrêt devront être payés par le requérant. Il en sera de même lorsque l'arrêt constatera qu'il n'y a pas lieu de statuer, sauf toutefois si cette décision est motivée par le retrait de l'acte attaqué. Enfin, pour terminer, la loi du 17 avril 1906, dans le but de favoriser le contrôle de la légalité et de la moralité administrative en mettant le recours pour excès de pouvoir à la portée de tous, dispense ce recours du ministère d'un avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de Cassation. Il faut en déduire qu'une tierce opposition formée contre une décision d'excès de pouvoir peut être présentée au Conseil d'Etat sans l'intervention d'un avocat.

Comme en droit commun, il n'existe aucun délai pour former tierce opposition à une décision d'excès de pouvoir. On pourrait penser que, la tierce opposition ayant ici la même nature que le recours pour excès de pouvoir, le délai de deux mois qui court pour former ce recours serait également applicable à la tierce opposition. Mais il n'en est rien, et à toute époque, un tiers opposant peut demander au Conseil d'Etat de revenir sur sa décision d'annulation.

SECTION II. — EFFETS

Il y a lieu de remarquer d'abord que la requête en tierce opposition ne produit pas par elle-même d'effet suspensif d'exécution. Cette constatation est conforme au principe général que le recours pour excès de pouvoir a un effet *erga omnes*. Tant que le requérant n'a pas fait la preuve qu'il a bien un droit violé, et que sa requête est fondée, l'arrêt d'annulation s'applique à lui comme à tout le monde.

Quels sont les effets de la décision rendue sur la tierce opposition ? Il faut distinguer deux hypothèses : ou la requête est rejetée, ou elle est admise.

Si la requête en tierce opposition est rejetée, l'arrêt d'annulation que l'on voulait voir disparaître continue à avoir force de chose jugée à l'égard de tous, et en particulier à l'égard du tiers opposant. Mais le rejet de la tierce opposition ne fait pas obstacle à ce qu'un autre tiers, lésé par l'arrêt d'excès de pouvoir, forme une nouvelle tierce opposition. En effet, si la décision d'excès de pouvoir a un effet absolu, il n'en est pas de même de la décision de rejet de la tierce opposition, qui n'a effet qu'à l'égard du requérant. Par conséquent, tout tiers qui estimera que ses droits sont lésés par l'arrêt d'annulation, pourra sans qu'on lui oppose la chose jugée, former une nouvelle tierce opposition.

Le tiers opposant téméraire est toujours condamné aux dépens qui comprennent tout d'abord les frais d'enregistrement de la requête en tierce opposition, puisque celle-ci a bénéficié de l'enregistrement en débet. Les dépens com-

prennent également les frais de timbre exposés par les personnes qui sont intervenues dans l'instance en tierce opposition pour y défendre l'arrêt attaqué. Mais ils ne comprennent que les frais de timbre exposés par ces personnes, et non les autres frais qu'elles auraient à en supporter en réalité, tels que les honoraires d'un avocat (1). De plus, ces personnes intervenantes à la tierce opposition ne peuvent pas présenter de conclusions tendant à obtenir des dommages-intérêts du tiers opposant, malgré l'article 38 du décret du 22 juillet 1806. En effet, dans le recours pour excès de pouvoir, les parties ne peuvent présenter d'autres conclusions que celles tendant à l'annulation ou au maintien des décisions attaquées, et la tierce opposition a même nature que le recours pour excès de pouvoir (2).

Lorsque la requête en tierce opposition n'est pas fondée, la juridiction qui statue devrait, conformément à l'art. 38 du décret du 22 juillet 1806, prononcer contre le tiers opposant téméraire une amende de 150 francs. Le Conseil d'Etat n'a pas toujours appliqué l'art. 38. Le seul arrêt dans lequel le requérant est condamné à une amende, c'est l'arrêt Gaucher. Dans aucun des autres arrêts de rejet rendus en la matière, le Conseil d'Etat n'a prononcé l'amende. C'est une marque de sa libéralité dans l'admission des requêtes.

Si la requête en tierce opposition est admise au fond quels seront ses effets ? La chose ne s'est pas encore produite : deux fois, le Conseil d'Etat a déclaré la requête en

(1) Voir à cet égard l'arrêt Ville d'Avignon, page 112.

(2) Arrêt Gaucher, Lebon 1914, page 239.

tierce opposition recevable, mais il ne l'a jamais admise au fond. Cependant, on peut penser logiquement que, puisque le Conseil d'Etat a déclaré par deux fois des tierces oppositions recevables, il avait l'intention de les admettre au fond, et de trouver une solution au problème délicat que cette admission posait.

M. Jèze (1) ne paraît pas convaincu que le Conseil d'Etat ait bien eu le désir d'admettre au fond les tierces oppositions qu'il a déclaré recevables. En effet, en déclarant bien fondée une tierce opposition formée contre un arrêt d'excès de pouvoir, le Conseil d'Etat aurait risqué de créer une « situation inextricable ». Et M. Jèze, poussant très loin ses déductions, concluait que l'admission n'aurait abouti qu'à l'anarchie administrative en admettant au fond la tierce opposition.

Si un jour le Conseil d'Etat admet au fond une tierce opposition dirigée contre une décision d'excès de pouvoir, il sera bien obligé de déclarer que l'arrêt d'annulation ne produira pas effet à l'égard du requérant. Or, le Conseil d'Etat ne s'est-il pas déjà engagé dans cette voie en pratiquant les annulations partielles des nominations irrégulières ? (2) Il semble que le Conseil d'Etat aboutira un jour à une solution identique à celle qui est adoptée dans cette matière. Faut-il s'en réjouir ? Nous ne pouvons que souhaiter le développement du libéralisme du Conseil d'Etat, mais nous ne pouvons pas faire autrement que de constater que la solution des annulations partielles n'a pas un fondement juridique bien solide.

(1) *Revue de Droit public* 1913, page 342.

(2) Voir arrêts Laffaret-Aubry, etc., page 62.

CONCLUSION

Pour terminer l'étude de la tierce opposition en droit administratif, il est intéressant de rechercher quel est son rôle pour la détermination de la nature du contentieux administratif.

Voyons d'abord rapidement quelles ont été les diverses théories émises sur la nature du contentieux administratif, et les différentes classifications des recours qui en sont résultées.

Pour classer les recours contentieux, deux méthodes ont été employées ; l'une s'attache à l'étendue des pouvoirs du juge, l'autre à l'objet des recours.

Le premier critérium de classification a été présenté par M. Laferrière dans son traité (1) et permet de distinguer 4 sortes de recours :

Le contentieux de pleine juridiction.

Le contentieux de l'annulation.

Le contentieux de la répression.

Le contentieux de l'interprétation.

Cette classification est peu homogène, car les deux premières divisions sont établies d'après des données empruntées au recours lui-même, et les deux dernières, d'après l'objet du recours.

(1) Laferrière : *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, 2^e édition, Tome I, Introduction, page 17, texte page 15.

Pour justifier ce classement des recours, M. Laferrière déclarait que, dans le contentieux de pleine juridiction, le juge administratif a les mêmes pouvoirs qu'un tribunal ordinaire : il juge en droit et en fait, il a le pouvoir de réformer, d'annuler la décision attaquée, de prononcer une condamnation ; bref il a de très larges pouvoirs.

Au contraire, dans le contentieux de l'annulation, le juge jouit de pouvoirs moins étendus ; il est obligé de statuer en droit, et il ne peut qu'annuler une décision irrégulière. Il ne peut pas la réformer, ni lui substituer une autre décision, ni attribuer une indemnité.

Cette classification, qui fut acceptée par tout le monde, n'est pas exempte de critiques. En effet, la base de la distinction est inexacte : le juge n'a pas de pouvoirs plus étendus dans le contentieux de pleine juridiction que dans le contentieux de l'annulation. D'autre part, le critérium proposé n'est pas applicable en pratique : en effet, quand on veut le faire jouer, on s'aperçoit que c'est impossible. A quoi reconnaître que dans tel cas, le juge aura plus de pouvoirs que dans tel autre ? Bien souvent, la loi est muette.

Pour remédier à l'insuffisance de cette classification, d'autres distinctions firent leur apparition. M. Romieu, dans ses conclusions sur l'affaire Durand, du 30 novembre 1906, reconnaissait l'insuffisance pratique du critérium qui avait servi jusque-là et proposait une autre distinction. Concernant la classification des recours en recours de pleine juridiction et recours en annulation, il indiquait un double critérium permettant de les différencier : tout d'abord, la nature des conclusions présentées par le requérant : à l'appui d'un recours en annulation, le requérant ne peut

présenter que des conclusions à fin d'annulation. En second lieu, disait M. Romieu, il faut considérer la nature juridique de l'acte administratif contre lequel le recours est dirigé. Est-ce un acte d'autorité ? Nous sommes en présence d'un recours en annulation. Est-ce un acte de gestion ? Dans ce cas, c'est d'un recours de pleine juridiction qu'il s'agit.

M. Hauriou émet également une théorie rattachant la classification des recours contentieux à la classification des actes administratifs. Pour lui, la distinction du contentieux de l'annulation et du contentieux de pleine juridiction se fait simplement en partant de la distinction des décisions exécutoires et des mesures d'exécution.

« La base des recours de pleine juridiction, dit M. Hauriou ce sont les faits d'exécution et de gestion auxquels donnent lieu les différentes opérations administratives, et les droits subjectifs que ces faits d'exécution ont pu faire naître... Le contentieux de l'annulation est essentiellement celui de la décision exécutoire... »

Les idées de M. Hauriou sont donc, avec des différences de formules, analogues à celles de M. Romieu.

Cependant le Conseil d'Etat n'a pas adopté le point de vue de M. Romieu. En effet, la distinction des actes de gestion et d'autorité est difficile à opérer et a l'inconvénient d'être illogique.

La distinction proposée par M. Hauriou ne donne pas non plus de meilleurs résultats pour la classification des recours.

C'est pourquoi plusieurs auteurs, notamment MM. Duguit et Jèze, ont été amenés à adopter un autre critérium

basé celui-là sur l'objet des recours. D'après cette théorie, les recours doivent être distingués d'après l'objet de la prétention soumise au juge, d'après la nature du droit invoqué au moyen de recours.

Quelles sont donc les différentes espèces de droits que les intéressés peuvent avoir à invoquer en justice ? ou bien plutôt : quelles sont les différentes espèces de situations juridiques dont les individus peuvent avoir à se prévaloir devant un juge ? Il en existe deux catégories fondamentales. Il y a des situations juridiques dont le contenu est identique pour tout individu se trouvant placé dans cette situation. C'est par exemple la situation juridique de propriétaire, d'électeur, d'enfant légitime. Le contenu de ces situations ne dépend nullement des individus qui s'y trouvent placés, il est déterminé par avance, uniformément, par les lois et règlements. Ces situations juridiques générales, impersonnelles, légales ou réglementaires constituent, selon une terminologie devenue courante, des situations juridiques objectives.

En face de ces situations juridiques objectives, il existe d'autres situations juridiques, individuelles celles-là, dont le contenu varie d'un individu à l'autre, et est déterminé par la volonté des individus eux-mêmes. Telle est, par exemple, la situation d'un créancier, qui a fixé à son débiteur les conditions de règlements de sa dette. D'une façon générale, ces situations juridiques sont appelées situations subjectives.

En résumé, tout individu peut se trouver placé dans une situation légale, comportant des pouvoirs objectifs, ou dans une situation individuelle, comportant pour lui des

pouvoirs subjectifs. Cette classification des situations juridiques peut servir de base à un classement des recours.

On appellera recours objectifs ceux qui ont pour nature, pour objet une situation légale ou réglementaire, qui dénoncent l'atteinte portée à l'un des avantages attachés par la loi à une situation juridique objective.

Seront par contre des recours subjectifs ceux qui ont pour objet, pour matière, une question relative à une situation juridique individuelle, qui invoquent un droit subjectif, qui dénoncent l'atteinte portée à un droit subjectif dont le requérant se prétend titulaire.

Cette classification des recours présente cet avantage de ne pas être arbitraire. Elle est basée sur une différence qui existe dans le fond même du recours ; elle est homogène, générale, puisqu'elle embrasse tous les recours, et simple, puisqu'il n'existe que deux sortes de situations juridiques.

La classification basée sur l'objet du recours permet d'expliquer certaines différences de régimes des recours contentieux. Ainsi l'on conçoit très bien que pour intenter un recours objectif, il n'est pas besoin d'invoquer une qualité aussi sérieuse que lorsqu'il s'agit de trancher un conflit subjectif. Dans un cas, il est de l'intérêt général que toutes les situations juridiques objectives soient préservées, et si le requérant doit faire preuve d'une certaine qualité, on ne peut lui donner le titre de partie au recours, puisque le recours qu'il a intenté a pour objet le respect du Droit et non la poursuite de certains avantages personnels. Que l'arrêt qui sera rendu à l'issue de ce recours objectif profite au requérant, ce n'est pas là le point essentiel. L'avan-

tage que le requérant peut retirer de l'arrêt n'a d'effet que par contre coup et ce qu'il faut surtout remarquer, c'est que l'arrêt déclare qu'un acte réglementaire n'est pas conforme au Droit ; cela explique que dans bien des cas l'arrêt à autorité absolue de chose jugée.

Dans le cas d'un recours subjectif, au contraire, le requérant a en vue, et cela d'une façon directe et immédiate, un certain avantage personnel. Il est normal qu'on lui demande de faire preuve d'une qualité très sérieuse, puisqu'il constitue une véritable partie au litige. D'autre part, en règle générale l'arrêt auquel aboutira le recours n'aura qu'un effet relatif, qui est tout à fait compréhensible.

Nous savons bien qu'en pratique, les particuliers considèrent toujours en premier lieu leur intérêt personnel immédiat et qu'à ce point de vue la distinction des recours objectifs et des recours subjectifs paraît un peu artificielle. Il n'en est pas moins vrai que cette distinction existe dans le fond même des deux recours et c'est pourquoi elle se maintiendra, quoi qu'on fasse pour la supprimer.

Après cet exposé très sommaire des grandes théories sur la classification des recours contentieux, nous pouvons étudier l'influence de la tierce opposition sur la dernière classification présentée, celle des recours objectifs et recours subjectifs. Il faut noter d'ailleurs qu'avant d'être formulée de façon précise par MM. Duguit et Jèze, cette théorie existait déjà en germe, si l'on peut dire, et correspondait en gros à la classification des recours en recours de pleine juridiction et recours pour excès de pouvoir,

Si l'arrêt de 1882 était en opposition flagrante avec tous les principes du recours pour excès de pouvoir, l'arrêt de 1899 s'accordait pleinement avec eux. Mais l'arrêt Bousuge semblait déterminer une évolution dans la classification des recours en méconnaissant purement et simplement la distinction des recours objectifs et des recours subjectifs. Cet arrêt Boussuge constitue à lui seul le point fondamental de toute la question de la tierce opposition.

Avant de porter un jugement sur l'importance de cet arrêt dans la détermination de la nature du contentieux administratif, il est indispensable de mettre en lumière différents points qui ont une grande importance.

En premier lieu, il n'est pas inutile de remarquer que l'arrêt Boussuge a été rendu dans une matière qui se présente assez rarement devant une juridiction administrative : en quatre vingt-sept ans, il n'y a eu que six arrêts rendus sur des tierces oppositions en matière d'excès de pouvoir. L'arrêt ne présente donc pas une importance aussi considérable que l'arrêt Casanova, par exemple, ou l'arrêt Blanco. Non pas qu'au point de vue théorique il soit négligeable, mais en pratique, il n'arrive qu'assez rarement que le Conseil d'Etat ait à se prononcer sur des tierces oppositions formées contre des décisions d'excès de pouvoir.

Il faut peut-être voir là une des raisons qui ont déterminé le Conseil d'Etat à déclarer cette tierce opposition recevable. D'ailleurs, il importe de remarquer que le Conseil d'Etat, en exigeant pour la recevabilité des requêtes en tierce opposition que les personnes fassent la preuve d'un droit violé, a pensé très certainement, qu'il y aurait assez

peu de personnes pouvant invoquer le préjudice causé à leurs droits.

Il ne faut pas oublier non plus que jusqu'alors le Conseil d'Etat n'a pas déclaré fondée une tierce opposition formée contre une décision d'excès de pouvoir. Cela est d'une grande importance, et d'ailleurs des juristes très éminents ont pu penser qu'en réalité le Conseil d'Etat n'avait jamais eu l'intention de donner satisfaction au fond au requérant. Quoi qu'il en soit, il reste un grand pas à franchir avant que l'on se trouve en face d'un problème sérieux. Recevabilité n'est pas admission au fond. Tant que le Conseil d'Etat n'aura pas admis au fond une tierce opposition contre un arrêt d'excès de pouvoir, il sera difficile de critiquer son point de vue d'une façon absolue.

D'ailleurs, comment oublier que le caractère essentiel du droit administratif est d'être un droit prétorien. Dans chaque cas le Conseil d'Etat apprécie en équité ce qu'il doit faire, et au besoin il imprime aux théories une direction nouvelle, dans un but de protection des libertés. Le Conseil d'Etat a peut-être été impressionné dans le cas de l'arrêt Boussuge, par le fait que des droits avaient été violés par un arrêt d'excès de pouvoir. Et pour satisfaire l'équité, il a décidé d'admettre les sieurs Boussuge et autres à venir défendre, après coup, l'art. 61 du règlement d'administration publique annulé en 1911.

On a vu, ou cru voir dans l'arrêt Boussuge, la preuve de la mort du recours pour excès de pouvoir et de sa tendance à se confondre avec le recours de pleine juridiction. En réalité, le recours pour excès de pouvoir n'est pas encore près de disparaître. Au contraire son champ d'action

s'accroît de plus en plus. Mais il faut peut-être voir dans l'arrêt Boussuge, un signe d'une tendance à l'évolution du recours pour excès de pouvoir.

Il ne faut d'ailleurs pas se baser uniquement sur l'arrêt de 1912 pour constater les changements qui se sont produits dans le recours pour excès de pouvoir. Il faut rapprocher l'arrêt Boussuge des arrêts Laffaret, Aubry, etc., sur les annulations partielles. Il faut le rapprocher également de la tendance du Conseil d'Etat d'admettre dans certains cas des conclusions ayant pour but direct ou non l'allocation d'une somme d'argent. M. Alibert a rapproché de façon saisissante ces différentes modifications apportées à la théorie classique du recours pour excès de pouvoir.

Considéré de cette façon, l'arrêt Boussuge ne peut pas être négligé. Il marque certainement une tendance nouvelle au Conseil d'Etat, tendance qui se précise peu à peu, mais qui ne s'est pas encore parfaitement dégagée. Peut-être, d'ici quelques années, assisterons-nous à une modification sérieuse du recours pour excès de pouvoir dans le sens indiqué par cet arrêt. Nous n'y croyons cependant guère. En effet, ceux qui voient dans l'arrêt Boussuge l'identification parfaite du recours pour excès de pouvoir avec le recours de pleine juridiction vont un peu vite. Et à notre avis, il est une autre coutume du Conseil d'Etat qu'il faut considérer et mettre en évidence. C'est la possibilité de joindre au recours pour excès de pouvoir un recours au fond. Dans cette liaison des deux recours subjectif et objectif, il nous semble que l'on peut trouver le moyen de concilier le développement du contentieux administratif avec le maintien de la théorie de l'objectivité du recours pour excès de pou

voir. C'est dans cette voie, à notre avis que le Conseil d'Etat s'engagera de plus en plus.

Il n'est pas de règle sans exceptions, et les exceptions confirment la règle. L'arrêt Boussuge demeurera dans notre jurisprudence comme une exception à la règle fondamentale de l'effet absolu de la chose jugée en matière d'excès de pouvoir.

Vu : le Doyen,
Edgard ALLIX.

Vu : le Président de Thèse,
Achille MESTRE.

Vu et permis d'imprimer :
Le Recteur de l'Académie de Paris,
S. CHARLETY.

BIBLIOGRAPHIE

- ALIBERT R. — *Le contrôle juridictionnel de l'Administration au moyen du recours pour excès de pouvoir.*
Paris 1926.
- APPLETON J. — *Traité élémentaire du contentieux administratif* 1927.
- BEQUET. — *Répertoire de droit administratif.*
- BERTHELEMY H. — *Traité élémentaire de droit administratif*
Paris 1933.
- BLUM L. — *Conclusions dans l'affaire Boussuge*, 1912.
- BONNARD R. — *Traité élémentaire de droit administratif*,
1935.
- DALLOZ. — *Dictionnaire pratique de droit.*
— *Jurisprudence générale.*
— *Répertoire pratique.*
— *Répertoire de législation.*
— *Codes annotés.*
- DARESTE. — *Les voies de recours contre les actes de la puissance publique*, 1914.
- DUGUIT. — *Traité de droit Constitutionnel* en 5 volumes,
3^e édition, 1928.
- HAURIOU. — *Précis de droit administratif*, 12^e édition, 1933.
— *Notes d'arrêts sur les décisions du Conseil d'Etat et du Tribunal des Conflits.*
- JACQUELIN. — *Principes dominants du contentieux administratif.* Cours de doctorat, 1933-1934.

- JAGERSCHMIDT. — *Conclusions dans l'affaire Ville d'Avignon*, 1899.
- JÈZE G. — *Revue de droit public* 1913 : *Effets de la chose jugée sur le recours pour excès de pouvoir*.
Journal de Droit Administratif 1913.
- KELLERSHOHN. — *Des effets de l'annulation pour excès de pouvoir*. Thèse Bordeaux 1915.
- LAFERRIÈRE E. — *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, 1896.
- LAFERRIÈRE J. — *Les recours devant la juridiction administrative*. Cours de doctorat 1932-1933.
- LEBON. — *Recueil d'arrêts du Conseil d'Etat et du Tribunal des conflits*.
- MERLIN. — *Répertoire de jurisprudence*, 1815.
- MESTRE A. — *Cours de droit administratif*, 1934-1935.
- MOREL R. — *Traité élémentaire de procédure civile*, 1932.
- RIVIÈRES. — *Pandectes françaises*.
- SIREY — *Jurisprudence générale*.
- SOLUS H. — *Cours de procédure civile* 1934-1935.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION	5
CHAPITRE PRÉLIMINAIRE	7
§ 1. — Historique	7
§ 2. — La Tierce opposition en droit privé.....	10

PREMIÈRE PARTIE

LA TIERCE OPPOSITION EN MATIÈRE DE RECOURS CONTENTIEUX DE PLEINE JURIDICTION

CHAPITRE PREMIER. — <i>Conditions de recevabilité</i>	25
§ 1. — La décision doit préjudicier aux droits du re- quérant	25
§ 2. — Qualité du tiers opposant.....	27
§ 3. — Il ne faut pas qu'il y ait chose jugée à l'égard du requérant	29
CHAPITRE II. — <i>Procédure</i>	31
§ 1. — Compétence	31
§ 2. — Formes	32
§ 3. — Délai	34
CHAPITRE III. — <i>Effets</i>	37

DEUXIÈME PARTIE

LA TIERCE OPPOSITION EN MATIÈRE DE RECOURS POUR EXCÈS DE POUVOIR

CHAPITRE PREMIER. — <i>Conditions de recevabilité</i>	43
<i>Section I.</i> — La jurisprudence antérieure à 1882.....	45
<i>Section II.</i> — L'arrêt Ville de Cannes.....	49
§ 1. — L'arrêt Ville de Cannes et ses conséquences	49
§ 2. — La doctrine devant l'arrêt Ville de Cannes	55

<i>Section III. — L'arrêt Ville d'Avignon.....</i>	61
§ 1. — L'arrêt Ville d'Avignon et ses conséquences	61
§ 2. — La doctrine devant l'arrêt Ville d'Avignon	69
<i>Section IV. — Le revirement jurisprudentiel du 29 novembre 1912</i>	72
§ 1. — La préparation de l'arrêt Boussuge par la pratique des annulations partielles.....	72
§ 2. — L'arrêt Boussuge et ses conséquences.....	76
§ 3. — La doctrine devant l'arrêt Boussuge.....	89
CHAPITRE II. — <i>Procédure et effets.....</i>	111
<i>Section I. — Procédure.....</i>	111
1° Compétence	111
2° Formes	111
<i>Section II. — Effets.....</i>	114
CONCLUSION	117
BIBLIOGRAPHIE	117



Imprimerie REMONDIN
Rue de Brébisson. - FALAISE

—
1935

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION	5
CHAPITRE PRÉLIMINAIRE	7
§ 1. — Historique	7
§ 2. — La Tierce opposition en droit privé.....	10

PREMIÈRE PARTIE

LA TIERCE OPPOSITION EN MATIÈRE DE RECOURS

CONTENTIEUX DE PLEINE JURIDICTION 19

CHAPITRE PREMIER. — <i>Conditions de recevabilité</i>	25
§ 1. — La décision doit préjudicier aux droits du re- quérant	25
§ 2. — Qualité du tiers opposant.....	27
§ 3. — Il ne faut pas qu'il y ait chose jugée à l'égard du requérant	29
CHAPITRE II. — <i>Procédure</i>	31
§ 1. — Compétence	31
§ 2. — Formes	32
§ 3. — Délai	34
CHAPITRE III. — <i>Effets</i>	37

DEUXIÈME PARTIE

LA TIERCE OPPOSITION EN MATIÈRE DE RECOURS

POUR EXCÈS DE POUVOIR 43

CHAPITRE PREMIER. — <i>Conditions de recevabilité</i>	43
<i>Section I.</i> — La jurisprudence antérieure à 1882.....	45
<i>Section II.</i> — L'arrêt Ville de Cannes.....	49
§ 1. — L'arrêt Ville de Cannes et ses conséquences	49
§ 2. — La doctrine devant l'arrêt Ville de Cannes	55

<i>Section III. — L'arrêt Ville d'Avignon.....</i>	61
§ 1. — L'arrêt Ville d'Avignon et ses conséquences	61
§ 2. — La doctrine devant l'arrêt Ville d'Avignon	69
<i>Section IV. — Le revirement jurisprudentiel du 29 novembre 1912</i>	70
§ 1. — La préparation de l'arrêt Boussuge par la pratique des annulations partielles.....	72
§ 2. — L'arrêt Boussuge et ses conséquences.....	76
§ 3. — La doctrine devant l'arrêt Boussuge.....	89
CHAPITRE II. — <i>Procédure et effets.....</i>	111
<i>Section I. — Procédure.....</i>	111
1° Compétence	111
2° Formes	111
<i>Section II. — Effets.....</i>	114
CONCLUSION	117
BIBLIOGRAPHIE	117



Imprimerie REMONDIN
Rue de Brébisson. - FALAISE

1935

